

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST-GRADO

**La jurisdicción militar y el delito de función en el
Derecho Penal-Militar peruano**

TESIS

**Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Penal Militar**

AUTOR

Mirtha Helenina Musso Lopez

Lima, Perú

2006

“Así como las constantes y simplistas leyes de la naturaleza no impiden que los planetas se perturben en sus movimientos, del mismo modo las leyes humanas no pueden impedir las perturbaciones y el desorden en las infinitas y muy opuestas atracciones del placer y del dolor”

Beccaria, *De los delitos y las penas* (1764)

PRESENTACIÓN

La presente investigación constituye un argumento en defensa de la jurisdicción militar. Hoy que se alzan voces contrarias, la doctrina y el derecho positivo se convierten en presupuestos.

Como señala con toda claridad la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Justicia Militar, presentado, en su momento por el Ministerio de Defensa, “El Código de Justicia Militar vigente fue aprobado por el Decreto Ley N° 23214 de fecha 24 de junio de 1980, sustentándose en el Código de 1963, tratando de armonizar sus disposiciones con las propuestas introducidas por la Constitución Política de 1979. El principio rector en la actualidad para definir el ámbito de competencia del Fuero Privativo Militar se encuentra en la vigente Constitución Política de 1993 la misma que en su Artículo 173 establece que en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles salvo en los casos de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el Artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte en tiempo de guerra, por lo que en el presente proyecto de Ley se restringe la competencia de la Justicia Militar, sólo a los delitos de función cometidos por el personal militar en situación de actividad y disponibilidad los cuales son claramente definidos, tipificados y penados, de modo que el operador judicial pueda aplicar correctamente el presente Código en el cual se

precisa taxativamente estos delitos en el ámbito y la competencia de la Justicia Militar”.¹

Se trata de ejercitar la inteligencia para adecuar la actual justicia militar peruana a los principios y garantías establecidas en nuestra Constitución Política vigente, a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en general a toda la normatividad tanto nacional como de derecho comparado.

Por cierto, el Derecho puro, al margen de la realidad cultural y política, es sólo un sueño Kelseniano. Y puesto que el Derecho Penal Militar no puede constituir la excepción, queremos señalar que ante los inminentes cambios en el Derecho positivo nacional, al respecto, trabajamos también con proyectos, e iniciativas de diversas instituciones, e incluso con la Sentencia 0023-2003-Ai/TC del Tribunal Constitucional.

Lo antedicho nos hace pensar que, respecto del Derecho Penal Militar, este es un momento de frontera. Esta Tesis se contextualiza en una etapa de tránsito entre una normatividad y otra. Precisamente, el centro de dicho cambio lo constituyen tanto la Jurisdicción Militar, como el Delito de Función.

Tal como ha quedado expresado en la frase primera de esta presentación, esta es una investigación de defensa de la Jurisdicción Militar; en

¹ Ministerio de Defensa, *Proyecto del Código de Justicia Militar*. Lima; Diario Oficial El Peruano, 1 de julio de 2001, p. 67. Separata Especial; ver también el proyecto reciente del Ministerio del Interior, *Proyecto de Bases de la Reforma Policial*. Lima: Diario Oficial El Peruano, 22 de julio de 2001, 16 pp. Separata Especial.

tanto, quisiera avocarme también al factor subjetivo: al hombre, al policía y al militar.

En efecto, la formación castrense del individuo crea en él una segunda personalidad que abarca desde el ademán hasta el contenido mismo de su conciencia, y lo vincula íntegramente a un destino por el concepto del espíritu militar que nutre la vida castrense e impregna la legislación marcial.

En cuanto a la disciplina militar, ésta no afecta la dignidad de la persona, ni la entereza del carácter, porque su propósito es asegurar el cumplimiento de obligaciones dentro de un orden jerárquico que es objetivo e impersonal. Dicha disciplina se expresa en forma tanto interna y externa; interna entre los miembros de las instituciones castrenses, y externa entre éstos y su institución con los demás órganos de la estructura estatal y con la sociedad civil.

No obstante, si bien la idea es que la ordenación jurídica militar se identifica con el ámbito de la disciplina castrense pues donde quiera que ella se manifiesta surge la norma sancionadora que la protege y conserva, en esta investigación la Jurisdicción Militar se limita en razón del sujeto y del bien jurídico protegido, y no de modo clásico por la calidad de la persona responsable, por la naturaleza de los hechos punibles, y por el lugar en que se cometió el delito.

Como es sabido, el todo está constituido por las partes. Esta Investigación ha sido dividida en los siguientes capítulos: El primero titulado *Paradigmas Metodológicos de la Jurisdicción Militar y el Delito de Función*; el segundo que lleva por título *Paradigmas Teórico-Conceptuales de la Jurisdicción Militar*, el tercero cuyo título es *Jurisdicción Militar: Competencia y Composición de los Tribunales Militares*; el cuarto titulado *El Debido Proceso en la Jurisdicción Militar*, el quinto que lleva por título *El Delito de Función y su Necesaria Reformulación*; el sexto titulado *La Jurisdicción Militar y el Delito de Función en el Derecho Comparado*; y el séptimo intitulado *El Delito de Función, la Criminalidad de la Guerra Interna y la Criminalidad del Regreso en el Perú de las últimas décadas*. En ellos exponemos los conceptos teóricos y metodológicos, nuestras hipótesis de trabajo y nuestro pensamiento.

Finalmente, creo pertinente expresar mis reconocimientos a las instituciones del Consejo Supremo de Justicia Militar y la unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como al asesor de la presente tesis el doctor Ricardo Brousset Salas.

La Graduando

CAPÍTULO PRIMERO

PARADIGMAS METODOLÓGICAS DE LA JURISDICCIÓN

MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN

- 1.1. Ámbitos Temporal y Espacial
 - 1.1.1. Ámbito Temporal
 - 1.1.2. Ámbito Espacial
- 1.2. Problema
 - 1.2.1. Planteamiento
 - 1.2.2. Formulación
 - 1.2.2.1. Problemas Principales
 - 1.2.2.2. Problemas Secundarios
- 1.3. Objetivos
 - 1.3.1. Objetivos Generales
 - 1.3.2. Objetivos Específicos
- 1.4. Justificación
- 1.5. Hipótesis
 - 1.5.1. Hipótesis Principales
 - 1.5.2. Hipótesis Secundarias
- 1.6. Variables
 - 1.6.1. Variables de las Hipótesis Principales
 - 1.6.2. Variables de las Hipótesis Secundarias
- 1.7. Limitaciones
- 1.8. Matriz de Consistencia
- 1.9. Aspectos de Metodología y Técnicas
 - 1.9.1. Tipo de Estudio
 - 1.9.2. Métodos de Investigación
 - 1.9.3. Fuentes y Técnicas para la Recolección de Información
- 1.10. Programación

1.1. ÁMBITOS TEMPORAL Y ESPACIAL

La presente investigación jurídica, por las categorías tiempo y espacio, está delimitado de la siguiente manera:

1.1.1. *Ámbito Temporal*

Por el tiempo, la investigación está delimitada entre los años 1990 y 2000; es decir, aquella época que motivó el mayor cuestionamiento al delito de función y a la propia jurisdicción militar.

1.1.2. *Ámbito Espacial*

Por el espacio, la investigación está delimitada por el contexto de la República del País, y del Derecho interno; a lo cual, a modo de tratamiento paralelo se suma el Derecho comparado.

1.2. PROBLEMA

Para encarar esta investigación, es metodológicamente necesario determinar y caracterizar el problema². Por problema debemos entender a aquel dato objetivo, y por tanto, descriptible y explicable que sirve como punto de partida para esta investigación acerca de la jurisdicción militar y el delito de función. Acto seguido, tratamos el problema en su planteamiento y formulación.

² Ver Miguel Ángel Rodríguez Rivas, *Proyecto de Investigación Científica*, Lima: ESAP, 1994, pp. 20-24; también Leonardo Villegas Villegas, *Metodología de la Investigación Pedagógica*. Lima: Editorial Trama, 1998, pp. 36-42.

1.2.1. Planteamiento

Ocorre que la *Jurisdicción Militar* y el *Delito de Función* constituyen categorías jurídicas que en la década que comprende los años 1990 y 2000 han sido referente de un supuesto cuestionamiento del Debido Proceso, el Estado de Derecho y la Democracia en nuestro país.

Ambas categorías, puede afirmarse, son motivo principal de la crítica sobre nuestro fuero privativo militar. Así, cuando los especialistas son consultados y sostienen la necesidad de la reforma de la justicia militar coinciden en señalar, por ejemplo, su disconformidad en cuanto al juzgamiento a militares en situación de retiro y a civiles cuyos delitos estarían prescritos por el Código Penal.

Si reconocemos la necesidad del fuero privativo militar, y si otorgamos razón al maestro Víctor Andrés Belaunde cuando sostuvo que de los tres poderes del Estado el principal es el Poder Judicial, podemos afirmar que estamos ante un grave problema que impactó de manera decisiva en la vida del país.

Asimismo, en lo que atañe al delito de función, especialmente en aquella década a la cual está limitada temporalmente esta investigación, se suscitó toda una

problemática debido a la entonces denominada legislación de emergencia.

La problemática está planteada incluso en la propia sociedad civil. De nuestra parte, pasamos a formular o sistematizar los problemas.

1.2.2. Formulación

1.2.2.1. Problemas Principales

¿Cuál es la justificación jurídica, empírica y de naturaleza especializada, para que la jurisdicción militar deba seguir existiendo en el Perú?

¿Cuáles son los límites epistemológicos para la conceptualización del delito de función militar?

1.2.2.2. Problemas Secundarios

¿En que medida se encuentran garantizadas la imparcialidad e independencia en la jurisdicción militar?

¿Porqué razones no se toma en cuenta para establecer la competencia de la jurisdicción militar, el objeto y el bien jurídico protegido, en lugar de la tradicional tripartición en razón del delito, del lugar o la persona?

1.3. OBJETIVOS

Los objetivos son propósitos que persigue la investigación. Los objetivos generales son fundamentales de largo alcance, se logran al término de la investigación y son generalizadores de los propósitos; en tanto que los objetivos específicos son desagregados de los objetivos generales, estos son unívocos, precisos y operativos.³ Pasamos a formular los objetivos tanto generales como específicos.

1.3.1. Objetivos Generales

- Demostrar que al contener principios jurídicos, empíricos y naturaleza especializada, la jurisdicción militar, con rango constitucional, debe seguir existiendo en el Perú.
- Sustentar que el delito de función debe circunscribirse exclusivamente a lo castrense, de modo que las conductas no propias de la función policial o militar sean entendidas como delitos comunes.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Fundamentar que al encontrarse positivizado el debido proceso en la jurisdicción militar, se garantizan principios como la imparcialidad e independencia.

³ Ver Miguel Ángel Rodríguez Rivas, *Op. cit.*, pp. 25-27, también Leonardo Villegas Villegas, *Op. cit.*, pp. 42-44.

- Proponer que las razones de atribución para establecer la competencia de la jurisdicción militar se evalúen en función del objeto y del bien jurídico protegido, y no de la tradicional tripartición en razón del delito, del lugar o la persona.
- _ Establecer criterios claros para delimitar la competencia de la Jurisdicción Militar con relación a la Jurisdicción Común.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Esta investigación se justifica por la propia realidad jurídica que nos plantea la necesidad de defender la existencia de la jurisdicción penal militar, así como mejorar la impartición de justicia en dicho fuero privativo.

Asimismo, se justifica por el hecho de que éstos son tiempos de reformas en lo que concierne al Derecho Penal Militar Peruano; por tanto, la presente investigación es un aporte para el debate, justo en un momento de probable quiebre epistemológico, de fecundidad jurídica.

1.5. HIPÓTESIS

La hipótesis son proposiciones afirmativas o negativas formuladas apriorísticamente con la finalidad de adelantar solución al problema.

Constituyen el eslabón entre la teoría y la investigación, entre la teoría y la realidad empírica.⁴

Las hipótesis de la presente Tesis constituyen un importante instrumento de trabajo respecto de la teoría y los hechos fácticos. Las hipótesis que a continuación señalo tienen el carácter de sustantivas, pues delimitan la naturaleza del problema a investigar. Hemos considerado tanto hipótesis principales como secundarias.

1.5.1. Hipótesis Principales

Xp. Si la jurisdicción militar posee presupuestos jurídicos, empíricos, y carácter especializado; entonces como fuero de excepción con jerarquía constitucional, entre nosotros, debe seguir existiendo.

Xp. Si el delito de función, entendido como delito militar, se encuentra reducido al ámbito estrictamente castrense; entonces las conductas que no se encuentran vinculados con el servicio o la función militar o policial, deberán ser considerados delitos comunes, constituyéndose estos criterios en límites epistemológicos para su conceptualización.

⁴ Ver Miguel A. Rodríguez Sosa y Miguel A. Rodríguez Sosa, *Teoría y Diseño de la Investigación Científica*. Lima: Ediciones Atusparia, 1988, pp. 125-145, también Julio Sanz, *Introducción a la Ciencia*. Lima: Amaru Editores, 1987, pp. 54-65.

1.5.2. Hipótesis Secundarias

Xs. Si el fuero militar, como órgano jurisdiccional, se halla premunido de las garantías procesales que regulan el derecho al debido proceso; entonces su imparcialidad e independencia se encuentra formalmente protegidas.

Xs. La norma que ampara el criterio para establecer la competencia de la jurisdicción militar la encontramos en el Código de Justicia Militar, razón por la cual al momento de establecer dicha competencia se utilizan dichos criterios, habida cuenta que la Constitución Política del Perú dispone el sometimiento en delitos de función al mencionado Código, disposición que no guarda relación con la realidad actual, dando lugar a que no se tenga en cuenta criterios más racionales como el objeto y el bien jurídico protegido.

1.6. VARIABLES

Las variables pueden ser consideradas como las características, cualidades o propiedades que determinan la hipótesis; éstas tienen una referencia conceptual. Se ha considerado variables independientes, dependientes y variable extraña. Las variables independientes son variables explicativas, origina el problema y condicionan en forma determinante las variables dependientes; las variables dependientes necesitan ser explicadas y analizadas para encontrar la solución al

problema; en tanto que, la variable extraña es algo así como una variable de invalidación, exógena y que obstruye.⁵

A continuación exponemos nuestras variables.

1.6.1. Variables de las Hipótesis Principales

Independientes

Yi. La jurisdicción militar

Yi. El carácter especializado

Yi. El delito de función

Yi. El ámbito estrictamente castrense

Dependientes

Yd. La jerarquía constitucional

Yd. La propia existencia del fuero privativo

Yd. El servicio o la función militar

Yd. Personal Policial y Militar

Intervinientes

Z. Falta de unidad en los criterios jurisprudenciales para establecer la competencia de la Jurisdicción Militar.

Z. La ampliación del *numerus clausus* de los delitos militares

1.6.2. Variables de las Hipótesis Secundarias

Independientes

Yi. Las garantías procesales

Yi. El derecho al debido proceso

⁵ Leonardo Villegas Villegas, *Op. cit.*, pp. 49-58.

Yi. La competencia de la jurisdicción militar

Dependientes

Yd. Imparcialidad e Independencia

Yd. El Derecho positivo

Yd. La naturaleza de la jurisdicción militar

Intervinientes

Z. La influencia del poder político, y la propia jerarquía policial o militar

Z. La fórmula tripartita en razón del delito, del lugar o la persona

1.7. LIMITACIONES

Las limitaciones metodológicas de esta investigación pueden explicarse de acuerdo a lo siguiente: limitaciones de objeto de estudio muy específico (es decir, la Jurisdicción Militar y el Delito de Función como circunscripciones temáticas que se desarrolla la presente investigación), limitaciones teóricas o doctrinarias (en cuanto la literatura al respecto no es muy prolija, quizá por lo poco cultivada de esta disciplina), y limitaciones de realidad jurídica y derecho positivo nacionales (no obstante un Capítulo está dedicado al derecho comparado, éste es casi aleatorio; es decir, tanto las premisas como la lógica interna de la reflexión encuentran su motivo en la realidad peruana).

1.8. MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES		
			INDEPENDIENTES	DEPENDIENTES	INTERVINIENTE
<p>¿Cuál es la justificación jurídica, empírica y de naturaleza especializada, para que la jurisdicción militar deba seguir existiendo en el Perú?</p> <p>¿Cuáles son los límites epistemológicos para la conceptualización del delito de función militar?</p>	<p>— Demostrar que al contener principios jurídicos, empíricos y naturaleza especializada, la jurisdicción militar, con rango constitucional, debe seguir existiendo en el Perú.</p> <p>— Sustentar que el delito de función debe circunscribirse exclusivamente a lo castrense, de modo que las conductas no propias de la función policial o militar sean entendidos como delitos comunes.</p>	<p>Xp. Si la jurisdicción militar posee presupuestos jurídicos, empíricos, y carácter especializado; entonces como fuero de excepción con jerarquía constitucional, entre nosotros, debe seguir existiendo.</p> <p>Xp. Si el delito de función, entendido como delito militar, se encuentra reducido al ámbito estrictamente castrense; entonces las conductas que no se encuentran vinculados con el servicio o la función militar o policial, deberán ser considerados delitos comunes, constituyéndose estos criterios en límites epistemológicos para su conceptualización.</p>	<p>Yi. La jurisdicción militar</p> <p>Yi. El carácter especializado</p> <p>Yi. El delito de función</p> <p>Yi. El ámbito estrictamente castrense</p>	<p>Yd. La jerarquía constitucional</p> <p>Yd. La propia existencia del fuero privativo</p> <p>Yd. El servicio o la función militar</p> <p>Yd. Personal Policial y Militar.</p>	<p>Z. La falta de Unidad en los criterios jurisprudenciales para establecer la competencia de la jurisdicción militar</p> <p>Z. La ampliación del <i>numerus clausus</i> de los delitos militares</p>
<p>¿En que medida se encuentra garantizada la independencia e imparcialidad de la Jurisdicción Militar?</p> <p>¿Porqué razones no se toma en cuenta para establecer la competencia de la Jurisdicción Militar el objeto y el bien jurídico protegido, en lugar de la tradicional tripartición en razón del delito, del lugar o la persona?</p>	<p>— Fundamentar que al encontrarse positivizado el debido proceso en la jurisdicción militar, se garantizan principios como la imparcialidad e independencia.</p> <p>— Proponer que las razones de atribución para establecer la competencia de la jurisdicción militar se evalúen en función del objeto y el bien jurídico protegido, y no de la tradicional tripartición en razón del delito, del lugar o la persona.</p> <p>- Establecer criterios claros para delimitar la competencia de la jurisdicción militar con relación a la jurisdicción común.</p>	<p>Xs. Si el fuero militar, como órgano jurisdiccional, se halla preunido de las garantías procesales que regulan el derecho al debido proceso; entonces su imparcialidad e independencia se encuentra formalmente protegidas.</p> <p>Xs. La norma que ampara el criterio para establecer la competencia de la jurisdicción militar la encontramos en el Código de Justicia Militar, razón por la cual momento de establecer dicha competencia se utiliza dichos criterios, habida cuenta que la Constitución Política del Perú dispone el sometimiento en delitos de función al mencionado Código, disposición que no guarda relación con la realidad actual, dando lugar a que no se tenga en cuenta criterios más racionales como el objeto y el bien jurídico protegido.</p>	<p>Yi. Las garantías procesales.</p> <p>Yi. El derecho al debido proceso.</p> <p>Yi. La competencia de la Jurisdicción Militar.</p>	<p>Yd. Imparcialidad e Independencia.</p> <p>Yd. El derecho Positivo.</p> <p>Yd. La naturaleza de la Jurisdicción Militar.</p>	<p>Z. La influencia del poder político, y la propia jerarquía policial o militar</p> <p>Z. La fórmula tripartita en razón del delito, del lugar o la persona</p>

1.9. ASPECTOS DE METODOLOGÍA⁶ Y TÉCNICAS⁷

1.9.1. Tipo de Estudio

Se trata de una investigación de tipo exploratoria, descriptiva y explicativa.

1.9.2. Métodos de Investigación

Se aplicarán en esta investigación los siguientes métodos: método inductivo, método positivo, método de análisis, y método comparativo.

El método inductivo es idóneo, por cuanto el orden lógico de esta investigación es el siguiente: de lo particular a lo general; en el sentido de que la problemática, objetivos e hipótesis planteadas a fin de tratar el tema de la Jurisdicción Militar y el Delito de Función así lo determinan.

El método positivo se empleará en el estudio del Código Penal Militar vigente, así como en las diversas propuestas de reforma legislativa existentes.

El método de análisis se aplica a esta investigación porque el sentido lógico de sus diversas hipótesis determine que éstas constituyen las partes que conforman el trabajo; de modo que ellas nos permiten ascender, de modo gradual y una por una, hacia la

⁶ Ver Julio Sanz, *Op. cit.*, pp. 39-43 y 111-117.

⁷ Ver Restituto Sierra Bravo, *Op. cit.*, pp. 240-455.

obtención de un conocimiento general y crítico de la Jurisdicción Militar y el Delito de Función.

El método comparativo contribuye por que, tal como planteamos esta investigación, se hace necesario el recurrir también a la legislación comparada de “máxima semejanza”.

1.9.3. Fuentes y Técnicas para la Recolección de Información

Partiendo de la premisa de que nuestra investigación es eminentemente doctrinaria y positiva con características hermenéuticas dentro de la ciencia del Derecho Penal Militar, la metodología a utilizar implica las siguientes fuentes y técnicas:

Fuente Primaria : La observación

Fuentes Secundarias : Libros, revistas especializadas, jurisprudencia, y la legislación nacional y comparada existente.

La observación es una fuente que, en este caso, nos permitirá conocer el Derecho Penal Militar desde la propia realidad de su aplicación u operativización.

Además, se trata de una “observación participante”, puesto que la graduando es oficial del cuerpo jurídico militar; de modo que, a la

vez que sujeto cognoscente, la investigadora es parte de la propia problemática que entraña la actual justicia militar.

En tanto que, los libros, revistas especializadas (en el género de artículos o ensayos), la jurisprudencia y la legislación vigente nos permiten tener un manejo eficiente del estado de la cuestión

1.10. PROGRAMACION (años 2000 – 2001)⁸

ACTIVIDADES	CRONOGRAMA DE TRABAJO											
1. Diseño de proyecto	▲	▲										
2. Observación			▲									
3. Encuesta				▲								
4. Fuentes secundarias				▲								
5. Clasificación material				▲	▲	▲						
6. Tratamiento de la información						▲	▲					
7. Análisis e interpretación							▲	▲				
8. Redacción preliminar									▲	▲		
9. <u>Tipo</u>											▲	
10. Presentación												▲
TIEMPO	Julio 2000	Agosto 2000	Septiembre 2000	Octubre 2000	Noviembre 2000	Diciembre 2000	Enero 2001	Febrero 2001	Marzo 2001	Abril 2001	Mayo 2001	Junio 2001

⁸ Respecto del Cronograma deberé señalar que éste ha sido cumplido en lo mayor posible; no obstante, el pasar de una actividad a otra en forma progresiva no ha negado la posibilidad de que en el proceso de investigación se retorne a etapas aparentemente superadas, y así hasta el final. Es decir, para los efectos de esta Tesis todas las ideas que surgían en el proceso de investigación tenían el carácter de hipótesis metodológicas o de trabajo.

CAPÍTULO SEGUNDO

PARADIGMAS TEÓRICO-CONCEPTUALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN

- 2.1. Aspectos conceptuales de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.1. Breve reseña histórica de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.1.1. La Jurisdicción Militar en la historia de Occidente
 - 2.1.1.2. La Jurisdicción Militar en la historia del Perú
 - 2.1.2. Conceptualización de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.3. Principios de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.3.1. Unidad y exclusividad de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.3.2. Prohibición de los Órganos Jurisdiccionales de excepción
 - 2.1.3.3. Derecho al Juez natural
 - 2.1.4. Presupuestos Jurídicos y Empíricos de la Jurisdicción Militar
 - 2.1.5. Justificación de la existencia del fuero militar
- 2.2. Aspecto Conceptual del Delito de Función
 - 2.2.1. Conceptualización del delito de función
 - 2.2.2. El delito castrense o delito militar
 - 2.2.3. El Delito de Función en el Derecho Constitucional peruano
 - 2.2.3.1. La Constitución de 1979 y el Delito de Función
 - 2.2.3.2. La Constitución de 1993 y el Delito de Función
 - 2.2.4. El delito de traición a la patria y el delito de terrorismo
 - 2.2.5. El otrora Servicio Militar Obligatorio

2.1. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

2.1.1. Breve Reseña Histórica de la Jurisdicción Militar

2.1.1.1. La Jurisdicción Militar en la Historia de Occidente⁸

El Derecho Militar aparece en Roma. Puede decirse que en la cultura romana el avance de las materias jurídicas corría a la par con su carácter de nación guerrera y conquistadora, por lo que sus gobernantes sintieron la necesidad de crear instituciones encargadas de las controversias judiciales por el ejercicio de la profesión militar.

Surge así la distinción entre *res civilis* y *res militaris*. De las cuestiones relativas a esta última conocieron sucesivamente los *praefecti sociorum*, los tribunales militares y más tarde los *magistri militum*, el fuero militar fue expresamente reconocido por los emperadores, quienes por virtud del *imperium procursulare* estaban facultados para legislar en materia castrense; así honorio y Arcadio concedieron prerrogativas a los militares, aún en materia civil, ordenando que en caso de ser demandados fuera facultativo del actor militar escoger la jurisdicción militar o la ordinaria.

⁸ Para un mejor entendimiento de la Jurisdicción Militar en la Historia de Occidente, revisar Enma Montalvo Ferrin y José Sánchez – Arcilla, *Historia del Derecho y de las Instituciones*. Madrid: Dykinson Editores, 1991, tomo II; Francisco Fernández Segado, “La Justicia Militar en la perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 56-57, Madrid, 1990-1991, pp. 13-61.

Por su parte, Justiniano consagró el título XXXVI del libro XII de su Código a la *res militaris*; a este texto puede agregarse otro fragmento relativo al *officium magistri militum*; y en el Código teodosiano lo referente a *officium iudicum militarium*.

En los primeros tiempos de Roma existieron los Tribunales militares encargados de mantener la disciplina. Estos tribunales creados en el año 308 antes de nuestra era, fueron elegidos por mitades, es decir entre Patricios y Plebeyos. La función de los Tribunales Militares, se asemejaba mucho a las desempeñadas por los Juzgados privativos. Es la primera jerarquía que aparece en la Justicia Privativa Militar, a través del tiempo es el Auditor, apareciendo en Roma en calidad de asesores. En el Breviario de Alarico se les denominaba Auditores a los que se adscriben con carácter consultivo en la mantención de la disciplina.⁹

Por aquel entonces, el Auditor es un perito de derecho que va a ilustrar con sus luces y consejos, es el llamado a resolver, a fin de que los veredictos sean la viva expresión de la justicia. Ante la naturaleza de la organización de la justicia militar, cuyos jueces y tribunales

⁹ Así lo hace notar Gonzalo Gómez Mendoza, *Código de Justicia Militar*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997, p. 13.

obligados por la ley a conocer y fallar sobre asuntos de Derecho, pero que carecen de conocimientos técnicos en lo referente a la legislación judicial, por lo que es necesario suplir tal deficiencia al lado de personas letradas.

En cuanto al régimen de las penas, el Derecho Penal Militar Romano consagró instituciones que, en substancia, permanecen aun vigentes en las modernas legislaciones castrenses; tal es el caso de la *gradus defectio* o pérdida de empleo, la *militae mutatio* o *remissio ignominiosa* o expulsión del ejército.¹⁰

En la edad media, ocurre que paulatinamente desaparecen las jerarquías militares a excepción de Comandantes inferiores como los *decani* y la omnipotencia condal que pasan a matizar la organización total de la sociedad. En esta etapa, el señor feudal se convierte en el caudillo nato de sus vasallos, los cuales constituyen su hueste o mesnada, y no existe ya diferencia alguna entre el militar y el paisano. En esta época, el ejército estaba organizado sin cohesión alguna y pertenecían a los señores feudales, así como el monarca y dependían de su voluntad. Recién Carlos VII, Rey de Francia, fue el primero en modificar el sistema militar que regía en la Europa Antigua.

¹⁰ Rómulo Saavedra, *La Justicia Militar en Estado de Sitio*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1977, p. 14.

Por otro lado, en los albores del período moderno se producen una serie de cambios. Por ejemplo, en España surgen instituciones como el Supremo Consejo de Guerra, en los llamados reinos de Castilla. El Derecho Militar se comienza a regular a través de una serie de Ordenanzas, entre las cuales tenemos las Ordenanzas del Infante Almirante de 15 de noviembre de 1737 dictadas por el Rey Felipe V para el almirante de todas las fuerzas navales, su hijo el Infante don Felipe. Luego se expidieron las llamadas Ordenanzas Generales.

Las primeras, redactadas por don Joaquín Aguirre y Oquendo –Capitán de Navío y Primer Mayor General de la Armada- se basaron en las Ordenanzas Francesas de 1689 lo mismo que en los precedentes españoles; se dieron en 1748 y son reputadas por el padre Montes como la primera legislación propiamente militar que ha habido en España, y estuvieron destinados a la Armada Naval Española.

El 22 de octubre de 1786, por iniciativa del conde de Aranda se expidieron las Ordenanzas del Ejército; en su redacción intervinieron cerca de veinte generales de gran prestigio y su texto definitivo correspondió al coronel don Antonio Oliver en ese entonces Secretario de la Comisión Redactora, y más tarde Teniente General del Ejército.

En 1783 se dan las Nuevas Ordenanzas de la Armada. Su expedición tuvo por objeto adecuar la legislación al creciente desarrollo del poderío naval español ante el cual las Ordenanzas de 1748 eran ya obsoletas; obra de Don José de Mazarredo, General en Jefe de Escudera, con la asesoría del conde de San Cristóbal y el Capitán de Fragata Don Antonio Escaño, fueron publicadas por Don Antonio Valdés, ministro del Rey Carlos IV.

Por último ya en los albores de las campañas de emancipación de las colonias americanas, en 1802 se expiden las últimas ordenanzas que tendrían aplicación en nuestro país, entre éstas las Ordenanzas de Matriculas de Mar. Aquí existían penas severas como: extensas privaciones de la libertad, castigos corporales, y hasta la mutilación.

2.1.1.2 La Jurisdicción Militar en la Historia del Perú¹¹

En el Estado Inca existió una especie de Justicia Militar contra toda transgresión de las disposiciones, por grados de la Administración de justicia; en otras palabras, era similar cuando se juzgaba a la Nobleza Imperial, a la

¹¹ Para un mejor estudio de la Jurisdicción Militar en la historia del Perú, consultora Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de la Constitución del Perú*. Lima: Editorial Andina S.A., 1978; Juan F. Olivo, *Constituciones Políticas del Perú*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1922; José Pareja Paz-Soldán, *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1954.

Nobleza Regional, al Clero, gozando también ellos de ciertas prerrogativas al igual que los militares.

Dicho sistema penal en el Fuero de Guerra se caracterizó por la severidad en sus sanciones según la calidad del reo o la intensidad de la pena variada; por tanto, no hubo igualdad en la administración de justicia.

Existieron distintas penas. La pena impuesta con mayor frecuencia a los integrantes del ejército era la muerte en sus distintas formas: decapitación (para la nobleza), hoguera, horca, descuartizamiento (que era aplicado en caso de traición militar), apedreamiento alternado con la horca, flechamiento, tormento, estrangulamiento, entre otras.

Otras penas eran las corporales, que consistían en tormento, flagelación y paliza; las privativas de libertad, entre ellas estaba la esclavitud que se hace efectiva en forma de destierro a la selva o trabajos forzados; la prisión perpetua era sustitutoria de la muerte, en algunos casos cuando el reo era noble; las penas de honor, consistían en el corte del cabello, exposición a la vergüenza pública; las penas pecuniarias de confiscación de bienes que se

aplicaban cuando el delincuente tenía bienes particulares, en los casos de deslealtad y desobediencia.

Según la jerarquía del infractor en el Ejército, disminuía o aumentaba la pena, la Justicia Militar entre los incas era excesivamente rígida, especialmente para el de menor graduación que era castigado con la pena de muerte.

Se considera como delitos militares: el abandono de puesto, traición al Inca, la insubordinación, la desertión, la cobardía, el espionaje, la falsedad, las defraudaciones, los motines, la ayuda al enemigo, entre otros.

Durante la etapa de la Colonia, rigieron las Ordenanzas Militares españolas. Estas normas adolecían de un excesivo margen de arbitrio judicial, no existiendo el principio de la proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, tenían además un sistema de penas muy rígido.

Es así que se expidieron las Ordenanzas de 1728, las Ordenanzas del 10 de enero y 7 de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, la Ordenanzas de Su Majestad para el Gobierno, Disciplina y

Subordinación del Ejército, por Fernando VI, del 22 de Octubre de 1748; la Real Cédula de Carlos III del 4 de noviembre de 1773, por la cual se crea en España el consejo Supremo de Guerra; y la Ordenanza Naval de 1802 las más representativas fueron las contenidas en el Prontuario de Espinoza, y las Leyes de Colón.

Rigió entre nosotros la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII el 19 de marzo de 1812, que tuvo vigencia tanto para España como para sus dominios en ultramar. En su artículo 250 este texto constitucional señaló que: “Los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la Ordenanza o en adelante,¹² aunque debemos tomar en cuenta que el artículo 248 de este texto reconocía el principio de la unidad del fuero: “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de persona”.¹³

Cuando el Perú logra su independencia todavía la influencia española en todos los órdenes de la vida es una manifestación evidente. Dicha influencia es cultura y política, pero también jurídica. El Perú no pudo aún sacudirse de una serie de leyes propias del Virreinato. Al

¹² Domingo García Belaunde, *Las Constituciones del Perú*. Lima: Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1993, p. 45.

¹³ *Op. cit.*, p. 46.

respecto, José Hurtado Pozo señala que “El vacío legislativo originado por la no dación de leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del derecho romano y hasta 1862 imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la colonia”.¹⁴

En 1821 se dicta el Reglamento Provisional por José de San Martín, en cuyo artículo 15 se señala que “Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y autoridades constituidas, será privativamente de conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes.”¹⁵ De esta manera se establece una especie de excepción, y el fuero especial o castrense es el indicado para los delitos de insurrección muy propios de los albores de la emancipación.

La primera Constitución peruana de 1823 en su artículo 121, señalaba que “Todas las leyes anteriores a

¹⁴ José Hurtado Pozo, *La ley importada, Recepción del Derecho Penal Peruano*. Lima: CEDYS, 1979, pp. 37-38

¹⁵ Domingo García Belaunde, *Op. cit.*, p.63.

esta constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal y de Comercio”.

En la realidad, esta primera Constitución no tuvo aplicación, pues se “tuvo que suspender su vigencia cuando fueron entregados poderes omnímodos al Libertador Bolívar. Ese mismo año se dictó una ley especial que creaba el Consejo Militar Permanente. Todo esto en 1823.

Las constituciones de 1826 y de 1828, no rescribieron en sus textos ningún tipo de tratamiento al respecto. No obstante, el 17 de diciembre de 1832 se dictó una Ley para normar la competencia entre los juzgados del fuero militar y los juzgados ordinarios.

La Constitución de 1834, en su artículo 110, estableció la existencia de un Consejo Supremo de la Guerra que funcionó entre 1834 y 1839, y estuvo compuesto por tres generales o coroneles, un alto jefe de la Armada, tres vocales de la Corte Suprema y un Fiscal nombrado por el Congreso de la República.

La constitución de 1856, en su artículo 139, estableció que “Los juzgados y tribunales privativos e igualmente sus códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes”.

La constitución de 1860, en su artículo 119, prescribía que “La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares”. En 1863, y precisamente bajo el imperio de la Constitución de 1860, se preparó el proyecto del primer Código de Justicia Militar del Perú, durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet. Este Código fue promulgado el 10 de enero de 1865, tras su derrocamiento por el Coronel Prado.

En 1855, con Nicolás de Piérola, se crea el primer ordenamiento de Derecho Militar con trascendencia histórica y alcance sustantivo. Piérola designa una Comisión, que es asesorada por una misión militar francesa que tenía como jefe al Coronel Pablo Clement, para elaborar un Proyecto de Código de Justicia Militar. Dicho Proyecto se promulgó como ley el 20 de diciembre de 1898. es a partir de este instrumento que se desarrolla en forma sistemática la aplicación de disposiciones penales militares que se han sucedido hasta la actualidad. Nicolás de Piérola dispuso que la pena de muerte

reconocida en el artículo 169, inciso 1 de este Código, sea sustituido por la de veinte años de penitenciaría. Quedando así temporalmente suspendida esta pena, “hasta la próxima reunión del Congreso”.

Ya en el siglo veinte, en el gobierno de Manuel Pardo se expidió la Ley N° 272, del 27 de octubre de 1906, mediante la cual se establece la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra, considerando que es indispensable conservar “el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema, como el más alto tribunal en el orden jerárquico, la facultad de definir en último grado la jurisdicción que corresponde a los diversos tribunales de la República”. Ese mismo día, el 27 de octubre de 1906, se expide la Ley N° 273, que modifica el artículo 4 de dicho Código de Justicia Militar, “reconociendo en la corte Suprema la jurisdicción en el último grado, cualquiera que sea el fuero de las causas civiles y criminales, así como la especial que le corresponde en los juicios que se siguen contra los altos funcionarios públicos conforme a las leyes”; en tanto que, el Consejo Supremo de Guerra y Marina en adelante se llamaría “Consejo de Oficiales Generales”, compuesto por diecinueve miembros.

Posteriormente, el 3 de setiembre de 1917 se da la Ley N° 2442; con ella se mejora sustancialmente la técnica legislativa, separando los delitos militares de los delitos comunes. Así, el artículo 1° establecía que a la jurisdicción militar están sujetos los militares, únicamente por infracciones cometidas en actos del servicio previsto por el Código de Justicia Militar, derogando de esta forma los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 18 del Código de Justicia Militar”. El presidente José Pardo reglamentó esta norma, mediante Decreto Supremo de 14 de septiembre de 1917, en la cual se establecía principalmente la inhibición de las autoridades y tribunales de justicia militar, previo dictamen de los auditores respectivos, de los juicios seguidos a paisanos y a militares que no estaban en servicio al iniciarse el procedimiento, remitiendo lo actuado a los jueces del fuero común.

El 26 de setiembre de 1930, la Junta de Gobierno presidida por Luis M. Sánchez Cerro expide el Decreto Ley N° 6881, estableciendo la suspensión del artículo 156 de la Constitución de 1920, y de las leyes 2442 y 5862 del 22 de setiembre de 1927, quedando en vigor las disposiciones del Código de Justicia Militar derogadas por la Constitución y leyes citadas. En esta oportunidad, los civiles que cometían los delitos de falsa alarma, ataque a

la fuerza armada, rebelión, sedición y motín debían estar sometidos a la jurisdicción privativa de guerra, “toda vez que comprometen la estabilidad y disciplina del Instituto Armado”. El 28 de noviembre de 1930 Sánchez Cerro expidió el Decreto Ley N° 6948, con propósito aclarativo, para fijar los alcances del Decreto Ley N° 6881.

El Código de 1939 sucede al Código de 1898 que estuvo inspirado en la legislación francesa y española, tuvo 40 años de vigencia. La Constitución de 1920 señalaba en su artículo 156 que “La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional”.¹⁶ Esta disposición fue la primera en haber dispuesto constitucionalmente que la jurisdicción militar no puede extenderse a personas que no estén en servicio militar.

El Código de 1939 fue redactado teniendo en cuenta sólo las necesidades del Ejército de tierra; estuvo en vigor hasta 1950, fecha en que se dicta el nuevo Código, promulgado bajo el gobierno del General Manuel A. Odría, el 29 de mayo de 1950. este Código se dictó mediante

¹⁶ Domingo García Belaunde, *Op. cit.*, p. 361.

Decreto Ley N° 11490 de primero de setiembre de 1950, y fue ratificado por el Congreso de la República.

El 25 de julio de 1963, bajo el régimen de Nicolás Lindley se dicta el D.L. 14612 que norma por vez primera la Ley Orgánica de Justicia Militar. Este cuerpo normativo constituye el primero en su naturaleza, pues desde 1868 tradicionalmente había estado subsumido en los Códigos de Justicia Militar. El Código de 1963 rigió hasta 1980: es decir: estuvo en vigor 17 años.

El 19 de julio de 1980, días antes de que se transfiera el gobierno a la civilidad, el gobierno militar de entonces decide dictar la Ley Orgánica de la Justicia Militar, y el 24 de julio de ese mismo año se publica el Decreto Ley N° 23214, dando así origen al Código de Justicia Militar actual.

2.1.2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La categoría jurídica “fuero”, que proviene del latín “forum”, tuvo desde antiguo un sentido que se confundía con formas discriminatorias de aristocracia y servidumbre, exacción y privilegio. No obstante, posteriormente en el derecho moderno los fueros no son ya privilegios, sino competencias especiales. Excepcionalmente se conceden en razón de las personas, como

el caso del juzgamiento de los altos funcionarios del Estado; pero lo común es que se reconozcan en razón de la materia.

El jurista argentino Rafael Bielsa, respecto a la razón de ser de esta judicatura señala que “El estado militar impone especiales deberes y obligaciones (a la vez que crea prerrogativas y derechos) de carácter esencialmente militar, por lo que afecta directamente a la institución y a la disciplina; de ahí que la facultad de juzgar y reprimir la transgresión de esos deberes y obligaciones debe ser, como lo es, atribución exclusiva del mismo Ejército y es precisamente esto lo que constituye y justifica la jurisdicción militar”.¹⁷

Puede decirse que en todo ordenamiento jurídico se verifica la existencia de tribunales o fueros militares “como algo absolutamente normal”, son pocos los países que escapan a esta regla. Así, afirmamos que en nuestro sistema jurídico el fuero militar constituye un alto organismo de los Institutos Armados encargado de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción privativa, y comprende en su conjunto tanto a los miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Armadas.

¹⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Lozada, 1950, pp. 1109-1110. Citado por Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José Palomino Manchego, “*La Jurisdicción Militar en el Perú*”; En: Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinador), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Editorial Grijley, 1997, p. 366.

2.1.3. PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Nuestra actual Constitución prescribe una serie de reglas encaminadas a garantizar los principios y derechos de la función jurisdiccional.

2.1.3.1. Unidad y Exclusividad de la Función Jurisdiccional

Este principio se ha encontrado registrado en constituciones anteriores, como la de 1823, artículo 25; la de 1856 artículo 124 y 129; la de 1920, artículo 155; o la de 1933 artículo 229.

El artículo 138 de la constitución de 1993 señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder judicial; esto encuentra íntima vinculación con el inciso 1º del artículo 139 que señala: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independientemente, con excepción de la militar y arbitral”.

Nuestra actual Carta Política confirma que lo que ha sido nuestra constitución histórica; es decir, confirma la presencia de la unidad de la función jurisdiccional. Este principio prohíbe la instauración de fueros privativos,

especialmente importantes por su modernización en la administración de justicia.¹⁸

Cuando se habla de la unidad de la función jurisdiccional, es porque la misma no se divide o delega hacia otras instituciones, sino que constituye un todo organizado cuya actuación se puede distribuir por razones materiales, territoriales o económicas. Cuantificables, pero no dividir o desmembrar pues ello implicaría crear un paralelismo funcional constitucionalmente inaceptable.

Es necesario tomar en cuenta los artículos 141 y 173 de la actual Constitución, la Constitución actual no establece un control definitivo de la Corte Suprema para revisar los casos que resuelve el Consejo Supremo, sólo prospera en el caso extremo de la pena de muerte que impondría la justicia militar.

El constitucionalista español Francisco Fernández Segado expresa que “la clave del principio de unidad reside en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria, entendiendo por tal, aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto a

¹⁸ Ver al respecto, lo que en su momento sostuvieron Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros, *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Lima: Mesa Redonda, 1985, pp. 430 y ss.

sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento”.¹⁹ Es por eso que en nuestra Constitución se prohíbe de modo absoluto los tribunales de excepción, y la jurisdicción militar está circunscrita para los delitos de los miembros de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

El antemencionado artículo 139, inciso 1, de nuestro actual texto constitucional alude igualmente a la exclusividad de la función jurisdiccional. Este principio como el de la unidad de la función jurisdiccional, significa que sólo los miembros del Poder Judicial y los órganos que lo conforman pueden administrar o impartir justicia, no delegándose ni estableciendo otros mecanismos de transferencia funcional, en razón al carácter exclusivo que ostenta la magistratura común. La cobertura en la función jurisdiccional permite concentrar un universo de cuestiones litigiosas de modo prácticamente totalizador, en su trámite y resolución, sin que pueda invocarse su diversa naturaleza como mecanismo de traslación hacia mecanismos resolutorios distintos al fuero común. Es así que, la exclusividad de la función jurisdiccional importa que la administración de la justicia sea atribución de un solo órgano estatal, el que a su vez excluye a otros órganos estatales.

¹⁹ Francisco Fernández Segado, “El marco constitucional de la Jurisdicción Militar: su organización y competencia”; en la Jurisdicción Militar. Madrid: Consejo Judicial del Poder Judicial, 1992, pp. 23-25.

2.1.3.2. Prohibición de los Órganos Jurisdiccionales de Excepción

La Constitución de 1993, respecto del principio de prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción en su artículo 139, inciso 3° ha establecido “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional establece dos situaciones: a) el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso; y b) la prohibición de ser juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales. Esta norma, además guarda concordancia con los artículos 238°, primera parte; 139, inciso 1, y 173 de nuestra actual Constitución.

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos se expresa sobre este tema, en su artículo 120, regulando la existencia de un “tribunal independiente e imparcial”.

Así mismo, la Declaración Americana en su numeral 26 regula, aunque en forma más orgánica que la Declaración Universal, el régimen de los tribunales de excepción al aludir la garantía judicial de los tribunales pre-establecidos y de acuerdo a leyes pre-existentes. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14º, inciso, 1, norma aunque de manera no tan explícita el debido proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial.

Igualmente, la Convención Americana en su artículo 18, consagra este principio. Y la doctrina de la Comisión Interamericana ha llegado a sostener que el enjuiciamiento a civiles por tribunales especiales sólo se justifica mediante la existencia de un estado de excepción originado de una verdadera amenaza a la vida de la Nación. Pero aún cuando se decretase un estado de emergencia o estado de sitio no se podría crear ningún tribunal especial, pues lo contrario significaría una ruptura del orden constitucional”.²⁰

Precisamente, la constitución de 1993 afirma el principio de la prohibición de los órganos jurisdiccionales de excepción, pero bajo los presupuestos de su artículo

²⁰ En Daniel O Doinell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, pp. 161-162.

173. este artículo señala: “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidas al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este Código no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el art. 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

2.1.3.3. Derecho al Juez Natural

Los principios de la “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional” y de la “prohibición de los órganos jurisdiccionales de excepción” se encuentran íntimamente relacionados al principio de “derecho al juez natural”.

La actual Constitución del Estado consagra el principio del derecho al Juez natural en la última parte del inciso 1 de su artículo 139° que señala que “No hay proceso judicial por comisión o delegación”. Este derecho, tiene dos alcances: el primero, en forma amplia pero fundamental, se trata de la imposibilidad de ser sometido ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en su mejor sentido procesal), y para ello se prohíben no sólo los tribunales especiales y los juicios por comisión o delegación (ya sean tribunales *ad-hoc*, “tribunales

revolucionarios”), sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas por sus especialidades calidades, como ocurría en otros tiempos. El segundo tiene como base un principio de legalidad:²¹ “Las órdenes competenciales de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados están o deben estar predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. Producido un conflicto de interés, el justiciable debe estar en posibilidad de saber de antemano cuál es ese orden jurisdiccional que ha de ventilar su causa con imparcialidad. Esta son las llamadas reglas de competencia en su diversos órdenes: territorial, funcional, material, patrimonial, etc. Las reglas de competencia defienden el principio del acceso del justiciable al juez natural bajo un ineludible principio de legalidad pues sólo las leyes las han de determinar con anterioridad”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Penal, y El Código Procesal Civil también regulan el principio del derecho al juez natural. Este principio es fundamental puesto que tiene tal carácter el magistrado u órgano judicial competente; si existe duda acerca de la competencia entre la justicia común y la

²¹ Anibal Quiroga León: “Los Derechos Humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia”, en La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 127.

justicia militar, cabe señalar que finalmente prevalece la justicia común.

2.1.4. PRESUPUESTOS JURÍDICOS, ANTROPOLÓGICOS Y EMPÍRICOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR²²

La razón de ser de la jurisdicción militar radica en la naturaleza jurídica de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, como instituciones castrenses a las cuales se les confiere funciones especiales, pues si son instituciones de carácter constitucional tienen un carácter del que carecen los restantes organismos y si la jurisdicción es una función esencialmente constitucional es lógico que se manifieste en los organismos de esta categoría.

La existencia de una jurisdicción militar no sólo se fundamenta con razones jusfilosóficas, sino también con motivos de orden práctico. Dando de éstas razones prácticas podemos señalar: a) la necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los jefes que se consigue cuando estos son, a la vez jueces y superiores; b) la solución de continuidad que se representaría la marcha de un ejército a un país extranjero, maniobras o campaña; c) lo difícil y escasa en resultados prácticos que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles; d) la dificultad que encontraría la jurisdicción común para entender en

²² Al respecto, ver Octavio Vejar Vazquez, *Autonomía del Derecho Militar*. México: Editorial Stylo, 1948, pp. 24-28.

delitos de índole propiamente militar; e) la incompatibilidad que produciría la situación del procesado ante el fuero ordinario con los deberes militares, lo cual no sucede en delitos de escasa importancia, cuando no lo aparta de su destino la instrucción del proceso; f) la necesidad imperiosa de un procedimiento largo, en algunos casos sumarísimo, a fin de que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito, rapidez incompatible con la tramitación del fuero común; g) la mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo del ejército al alcanzar su publicidad entre los compañeros del delincuente; h) la naturaleza de las instituciones castrenses, que obliga a castigar con penas severísimas actos de escasa o nula significación en la esfera de la vida de aquellos que conforman la sociedad civil.

Así, podríamos fundar la jurisdicción militar diciendo que el orden, la disciplina y la eficacia de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, es imposible obtenerse cumplidamente en los tiempos modernos, sin un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinen, sincronicen y concierten las relaciones derivadas de la vida militar. El efectivo de estas instituciones tiene deberes propios, que por muy próxima que sea su relación con los deberes de los demás hombres y las limitaciones impuestas a la actividad general, no pueden, substraerse a las exigencias de una ordenación singular que contemple a la vez la razón de su existencia, su desenvolvimiento regular y su finalidad específica.

La circunstancia de ser la institución militar y policial uno de tantos órganos que integran el cuerpo social, no debe ocultarnos lo que existe de singular, de particular que significa sino todo lo contrario: reconocimiento.

2.1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL FUERO MILITAR

El principio de unidad jurisdiccional, que se encuentra consagrado en el Art. 139° inc. 1 de la Constitución, es el reflejo del principio de igualdad ante la ley, que asegura a través de la organización judicial ordinaria, la independencia de los jueces, evitando así la formación de tribunales “*ex post facto*”, que manipulen o politicen la justicia²³.

Sin embargo, aún cuando se reconozca al Poder Judicial como el único ente estatal legitimado para impartir justicia, en realidad, los estados democráticos han admitido la existencia de órganos jurisdiccionales distintos, en razón de la necesidad de especialización, dada la complejidad del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional Peruano²⁴, señala que la Carta Fundamental, en forma asistemática, reconoce la existencia de 4 jurisdicciones especiales: la Militar y la Arbitral (inciso 1 del artículo 139°), la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), y la Constitucional (artículo 202°).

²³ CAZORLA PRIETO, Luis María, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, ROMÁN GARCÍA, Fernando, *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 524.

²⁴ STC de 09-06-2004, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, Asunto: Defensoría del Pueblo, fundamento 20.

Como refiere CARZOLA PRIETO²⁵, el fundamento de la jurisdicción militar se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida, donde el ordenamiento estatal a través de la organización militar, por medio de órganos propios como los Tribunales militares, garantizan el mantenimiento de la disciplina castrense.

Claro que con el desarrollo de la idea de los derechos fundamentales, del debido proceso, así como del Estado de Derecho que debe primar en todo Estado democrático, los tribunales militares han venido adaptándose a esta nueva tendencia donde priman los siguientes caracteres²⁶:

- Atribución de competencias más limitadas en tiempos de paz que de guerra;
- Distinción entre materias penales y disciplinarias correspondiendo el conocimiento de las primeras a los Tribunales Militares y de las segundas a los órganos de la Administración Militar;
- Tendencia a dotar a la punibilidad disciplinaria de garantías similares a las penales (legalidad de infracciones y sanciones, defensa, recursos);

²⁵ CAZORLA PRIETO, Luis María, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, ROMÁN GARCÍA, Fernando, ob. Cit. P. 529.

²⁶ CAZORLA PRIETO, Luis María, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, ROMÁN GARCÍA, Fernando, ob. Cit. P. 529.

- Nombramiento de miembros de las Fuerzas Armadas para formar parte de los órganos jurisdiccionales militares, si bien a través de procedimientos que aseguren su independencia e imparcialidad;
- Tendencia general a aumentar el número de Jueces técnicos;
- Tendencia a la equiparación con la jurisdicción ordinaria en cuanto a las garantías procesales (publicidad, defensa, etc.);

2.2. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DELITO DE FUNCIÓN

2.2.1. Conceptualización del Delito de Función

Para definir el Delito de Función debemos tener en cuenta que éste implica la presencia de un sujeto activo policial o militar, y de un bien jurídico policial o militar afectado; de manera que al faltar cualquiera de dichos elementos, quedaría desintegrada la noción de Delito de Función para dar paso a la de un delito de características comunes.²⁷

La doctrina casi unánimemente señala que estamos ante un delito de ejercicio de función cuando la conducta típicamente reprimida se comete en un momento en que el sujeto activo se encontraba desempeñando una función especial. En el Derecho Penal Militar los delitos de función se cometen cuando el agente realiza actos de servicio, lo que no siempre ha de ocasionar una

²⁷ Defensoría del Pueblo, *Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú*. Lima: Serie de Informes Defensoriales, 1998, p. 39. El presente Informe de la Defensoría del Pueblo fue elaborado por una Comisión Especial integrada por los doctores Arsenio Oré Guardia, Francisco Eguiguren Praeli y Luis Ávila González.

lesión a los bienes jurídicos estrictamente castrenses que los delitos militares y la justicia militar busca proteger. El sujeto pasivo de los delitos militares siempre implican un carácter institucional, dado la naturaleza de los bienes jurídicos que se desea proteger.

De acuerdo al actual texto constitucional, las relaciones entre justicia militar y el poder judicial se encuentran en el recurso de casación ante la Corte Suprema. Señala el artículo 141 de la actual Constitución que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia según los casos, y conoce en casación las resoluciones del fuero militar con las limitaciones que establece el artículo 173 del texto constitucional. A su vez, este artículo constitucional dispone que la casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando la pena impuesta es la pena de muerte.

Al respecto, de acuerdo con John Glasen²⁸, podemos distinguir entre cuatro sistemas:

Sistema Belga-neerlandés, en el cual los tribunales militares juzgan todas las infracciones cometidas por los militares, salvo un cierto número de ellas enumeradas limitativamente (por ejemplo, infracciones fiscales y aduaneras cometidas fuera del

²⁸ Jhon Glaseen, “Relaciones entre Acción Penal, Acción Disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones”; en Instituto Francisco de Victoria, *Congreso Internacional de Derecho Penal Militar*. Madrid: Sección de Derecho penal Militar, 1960, pp. 25-26.

servicio, que son de la exclusiva competencia de los tribunales ordinarios).

Sistema franco-italiano, en el cual los tribunales militares juzgan todas las infracciones militares y los tribunales ordinarios todas las infracciones no militares aunque sean cometidas por militares.

Sistema anglosajón, en el cual los tribunales militares pueden juzgar a los militares por todas las infracciones militares, excepto algunas de carácter grave (en Canadá, por ejemplo, el asesinato, el homicidio, la violación), pero el tribunal ordinario es también competente para juzgar a los militares por cada infracción no específicamente militar; es más, el fallo absolutorio o condenatorio de un tribunal militar carece de autoridad de cosa juzgada ante un tribunal ordinario.

Sistema austroalemán, en el cual no existen tribunales militares; en este caso, incluso por infracciones de carácter militar los militares son juzgados por tribunales ordinarios.

Lo cierto es que allí donde los tribunales militares poseen una competencia reducida más específicamente disciplinaria, puesto que juzgan militares que han cometido faltas contra la disciplina demasiado graves para poder ser castigadas por simple

penas disciplinarias; en consecuencia, los Tribunales Militares no son una prolongación de la autoridad disciplinaria.

En cuanto a los límites de la acción disciplinaria, podemos manifestar que si tratamos de concretar los límites de la acción disciplinaria y de la acción penal, debemos ocuparnos de la competencia del jefe militar como juez único de la represión disciplinaria, y de esta descripción se desprenderá la competencia de los tribunales (militares o civiles). El examen de los límites en las diversas legislaciones estudiadas pone de relieve la existencia de dos sistemas: uno basado en la distribución entre la transgresión (disciplinaria) y la infracción (penal); y otro basado en los límites impuestos por la ley al derecho del jefe militar para castigar.

Podemos además, proteger entre el sistema transgresión infracción y el sistema de la limitación el derecho a castigar. En cuanto al Sistema Transgresión-Infracción puede decirse que en éste la acción disciplinaria se limita a la represión de las transgresiones contra la disciplina, excluyendo la represión de las infracciones; este sistema es adoptado en Bélgica, Holanda, Alemania, e Italia. El jefe militar puede infligir penas disciplinarias que llegan hasta un cierto número de días de privación de libertad por el hecho de cualquier transgresión disciplinaria. La dificultad principal de este sistema se produce por la existencia de actos

punibles de carácter mixto; actos que a la vez son transgresiones disciplinarias e infracciones penales.

Tenemos que, por ejemplo, la legislación holandesa reglamenta la represión de estos actos punibles mixtos denominados *oncigenlijke tuchtvergrijpen* o transgresiones impropias y en la legislación belga la represión de los actos punibles de este género ha sido organizada por vía reglamentaria; en tanto que en el derecho alemán la represión disciplinaria sólo se permite respecto de las infracciones de servicio previstas por la ley penal, en tanto que no se trate de una pena; en el derecho suizo, esta facultad no se extiende más allá de los delitos disciplinarios enumerados en forma limitativa en el Código Penal Militar.

En cuanto al sistema de limitación del derecho a castigar, debe señalarse que en los derechos anglosajones el jefe militar puede infligir ciertos castigos, y entre ellos ciertas privaciones de patrimonio y de libertad, pero lo pone en conocimiento del tribunal militar si estima que el acto punible merece que se le imponga una pena más dura de la que él puede imponer.

El constitucionalista Fernández Segado²⁹ señala que para definir la competencia militar y el delito de función se requiere

²⁹ Francisco Fernández Segado. “La Jurisdicción Militar en la Constitución Española”; en German Bidart Campos y José Palomino Manchego, *OP. cit.*, p. 158.

encontrar la relación entre la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico afectado que ha de ser estrictamente militar en atención a los intereses protegidos por la norma, el carácter militar de los deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y que el sujeto activo del delito tenga la condición de militar.

No obstante, uno de los planteamientos básicos de la presente Tesis es que en cuanto al Delito de Función se amplíen los tipos penales de tal modo que queden inmersos dentro de esta figura penal tanto el delito de homicidio como el delito de lesiones.

2.2.2. El Delito Castrense o Delito Militar³⁰

Podemos definir al Delito Castrense o Delito Militar como aquella acción u omisión que de una manera u otra, específicamente, destruya o anule, disminuya o perjudique, en cuanto a su función de elemento bélico del Estado, los elementos del material humano o del material físico del mismo.

Es frecuente acudir a la clásica definición del tratadista italiano di Vico, según la cual el delito militar importa la violación de un deber del oficio militar, lo que le permite concluir que el referido delito, en su esencia objetiva, se compone de dos elementos: calidad militar del culpable y calidad militar del hecho.

En este sentido, la situación del culpable es esencial al delito

³⁰ Al respecto, consultar Luis Bramont Arias y María García Cantizano, Manual de Derecho Penal. Parte especial. Lima: Editorial San Marcos, 1996, pp. 483-484; así como José Hurtado Pozo, Manual Derecho Penal. Parte General. Lima: EDDILI, 1987, p. 312.

militar ya que éste importa una violación de un deber militar, y sólo en muy raras excepciones los sujetos extraños a la actividad militar pueden cometer delitos militares. Asimismo, la calidad militar del hecho resulta de la índole castrense del deber violado; si el deber violado es común, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aún cuando sea perpetrado por un agente militar.

Para el constitucionalista argentino Germán Bidart Campos los delitos militares “son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las Fuerzas Armadas como tales.”³¹

Existen diferencias entre los delitos comunes y los delitos militares. El delito militar se caracteriza principalmente por ser un típico delito especial, por cuanto amenaza con la imposición de una pena a un cerrado círculo de autores, siendo la situación militar una condición objetiva del sujeto activo del delito, típicamente requerida. A diferencia de ello, el delito común sólo en determinados casos considera como elemento objetivo la especial situación del autor, por lo que la mayoría de delitos se dirigen a sujetos indeterminados.

³¹ Germán Bidart Campos, “*El sistema constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina*” ; en German Bidart Campos y José Palomino Manchego (Coordinadores), *Op. cit.*, p. 49.

La Defensoría del Pueblo ha elaborado un Informe en el que se presentan algunos desarrollos doctrinales que suelen distinguir entre delitos militares propios y delitos militares de excepción o impropios:

- *Delitos Militares propios* serían los que únicamente pueden cometer un militar. A estos delitos también se les denomina esencialmente militares pues constituyen una infracción a los deberes de función que sólo incumbe a quien tiene esta situación, por consiguiente afectan principalmente un bien jurídico militar. En los casos en que la lesión no se reduzca únicamente a tales bienes estaríamos ante un concurso ideal con delitos comunes, debiéndose ponderar la importancia que ambos tipos de bienes jurídicos tiene para el ordenamiento jurídico en general a efectos de determinar el juez competente.
- *Los delitos militares impropios* se configurarían mediante la “militarización” de bienes jurídicos comunes por consideraciones de política criminal, por lo que también se les suelen llamar delitos militarizados.

En consecuencia, sus sujetos activos podrían ser indistintamente civiles o militares, al no exigirse la infracción de deberes estrictamente castrenses.

Es el caso del delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior, donde se “militariza” el bien jurídico Seguridad Nacional, tal que se considera como un deber militar de todos los ciudadanos, civiles o militares, la no colaboración con el enemigo, por lo que su infracción es de juzgamiento de autoridades judiciales castrenses. Esta figura no debe confundirse con la de los delitos comunes que son incorporados a la competencia de los tribunales militares sin alterar su naturaleza, como el terrorismo y sus modalidades.³²

Precisamente, en dicho informe se señala que para determinar cuando se está en presencia de un delito militar, hemos de referirnos a los siguientes elementos constitutivos:

- *Sujeto activo.* Debe ser militar tratándose de delitos exclusivamente militares. En palabras de Araujo “los delitos de función sólo pueden ser realizados por militares en servicio activo, porque la función significa ejercicio, cumplimiento de objetivos y fines.”

De acuerdo al artículo 173 de la Constitución de 1993 pueden considerarse como sujetos activos

³² Defensoría del Pueblo, *Op. cit.*, p. 41.

los civiles en caso de delito de traición a la patria así como quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio. Con respecto a los civiles que cometen delitos militares, la tendencia moderna de los Códigos militares es la de excluirlos de la competencia de los tribunales militares, incluso tratándose de asimilados a los institutos armados, y permitir su juzgamiento por los tribunales civiles.

- *Bien jurídico militar policial.* En el delito militar corresponde a los intereses de índole estrictamente militar o policial que el legislador ha querido proteger en forma especial.
- *El bien jurídico tutelado se puede equiparar así a esa ratio essendi del derecho penal militar que consiste en la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme –la guerra- y en tiempo de guerra asume carácter defensivo.*³³

Señala Sandoval Coronado, que lo determina la existencia del delito militar no es el sujeto pasivo,

³³ *Op. cit.*, p. 4.

sino el tipo de bien jurídico lesionado por el militar que actúa como sujeto activo del delito”.³⁴

2.2.3. El Delito de Función en el Derecho Constitucional Peruano

2.2.3.1. La Constitución de 1979 y el Delito de Función

La Constitución de 1979 establecía en el inciso 1 de su artículo 233, la existencia del fuero privativo militar como una excepción a la unidad y exclusividad de la función judicial, junto a la arbitral. En esta Constitución se establecía que las disposiciones del Código de Justicia Militar “No son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235”. Este artículo se refiere al delito de “traición a la Patria en caso de guerra exterior”.

La reforma constitucional practicada es reflejo directo de la restricción de aplicación de la legislación militar. Por su parte, el libro segundo del Código de Justicia Militar está dedicado a los procedimientos judiciales, e instituye la competencia de los tribunales castrenses respecto de los civiles, es así que en el artículo 323 de este Código se dispone que están sometidos al fuero militar cuando incurran en delito de traición a la patria, en caso de guerra exterior. Se

³⁴ Juan Carlos Sandoval Coronado, *El Delito Militar ordinario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho, 1997, p. 233. Tesis para obtener el título de abogado.

establece, además, la misma regla en caso de infracciones a la Ley del Servicio Militar, y también cuando se trate de civiles que laboran en las dependencias de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, a los que el inciso a) del artículo 321 considera “reserva llamada... parte integrante de su personal activo”

En cuanto se refiere al Derecho Penal Militar, la Constitución de 1979 significa el retorno a la concepción liberal de la Constitución de 1920.

2.2.3.2. La Constitución Política de 1993 y el Delito de Función

En cuanto se refiere al Derecho Penal Militar, la Constitución de 1993 en su artículo 173 señala que la Jurisdicción Militar tiene competencia para juzgar los delitos de función, terrorismo y traición a la patria; así como los casos en que tanto civiles como militares infrinjan las reglas del servicio militar.

Esta Constitución, en su artículo 139, inciso 1, reconoce el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la que está concentrada en el Poder Judicial, es decir, acepta la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad;

pero en su segundo párrafo, hace una salvedad a su declaración de unidad y a la prohibición de establecer jurisdicciones independientes reconoce la existencia de la jurisdicción militar. Al mismo tiempo, el artículo 173 de esta Constitución regula los alcances del fuero militar: en primer lugar, su competencia esencial está referida a los delitos de función cometidos por los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, y corresponde aplicar el Código de Justicia Militar; en segundo lugar, siempre que la ley lo mande es posible que el fuero militar conozca de delitos cometidos por civiles, que se circunscriben a los tipos penales de traición a la patria y de terrorismo; en tercer lugar, tiene también competencia para conocer de los delitos cometidos con respecto al Servicio Militar Obligatorio; en cuarto lugar, la Corte Suprema conoce del recurso de casación contra sus sentencias cuando el fuero militar imponga la pena de muerte.

El Fuero Militar es fuero real o de causa. Los artículos 143 y 144 de la Constitución establecen que éste por oposición a la justicia ordinaria se organiza independientemente del Poder Judicial y de la Corte Suprema esta particular configuración de la justicia militar, que se traduce tanto en su conformación orgánica como

en el procedimiento judicial militar, se justifica por la peculiar organización de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas.

Los militares en servicio activo o en disponibilidad están sometidos al fuero militar en casos de delitos de función; estos delitos están vinculados de manera indisoluble con el cumplimiento de las tareas correspondientes al ámbito militar o policial.

El Código de Justicia Militar en su artículo 324 señala que la jurisdicción militar también conoce los delitos comunes cometidos en acto de servicio, cuando agraviado e inculpaado son militares. Algunos autores consideran que tal medida es inconstitucional, no obstante, para los fines de esta tesis la asumimos como un hecho perteneciente a la realidad fáctica u objetiva.

Por su parte, el Código de Justicia Militar señala que la jurisdicción penal militar no puede extenderse fuera de los límites que el mismo Código dispone; sin embargo, durante la década de los años noventa, la justicia militar se ha visto precisada a conocer delitos tipificados en el Código Penal Común.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”, caracterizando a éste, no la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses³⁵.

2.2.4. El Delito de Traición a la Patria y el Delito de Terrorismo.

El delito de traición a la patria es aquel cometido por un militar o un civil que de forma activo o discreta ayuda a las pretensiones de una potencia extranjera a querer someter a nuestra patria bajo su dominio. El artículo 78 del Código de Justicia Militar establece de forma precisa las causales de este delito.

No obstante, con la promulgación de la Constitución de 1993 y con la dación del Decreto Ley 25659 del 13 de agosto de 1992, se comprende a los delitos de terrorismo dentro del tipo legal de traición a la patria. Por lo cual, a partir de la vigencia de la referida norma, el delito de terrorismo pasó a ser competencia del fuero privativo militar. Así, se ha regulado en forma más amplia el delito de traición a la patria, comprendiendo también a los que utilice coches bombas, explosivos, etc., que causen la

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 0017-2003-AI/TC, fundamento 110.

muerte de personas o lesionen su integridad física o mental, y que dañen la propiedad pública o privada.

De modo que, los delitos de terrorismo dejaron de ser competencia del fuero común, por lo que los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público dejaron de conocer este delito en sus diversas etapas, tanto en la instrucción como en el juzgamiento.

El antemencionado Decreto Ley 25659, en su artículo 4, señala que los delitos de traición a la patria serán de competencia del fuero privativo militar tanto en su investigación como en su juzgamiento. Desde entonces, los tribunales militares pueden juzgar a los civiles no sólo por traición a la patria en caso de guerra exterior, sino también de guerra interna a raíz de que el terrorismo es tipificado como delito de traición a la patria.

Puede decirse que este Decreto Ley es el antecedente del artículo 173 de la actual Constitución de 1993, que consiste en que las disposiciones del Código de Justicia Militar sean aplicables a los civiles en los casos de delito de traición a la patria y delito de terrorismo.

En cuanto al delito de terrorismo, podemos decir que éste es un problema cultural, social, y que surge en una sociedad en

conflicto con la nuestra. Antes que jurídico el terrorismo es un problema social; entonces, es necesario recurrir a un estudio de las relaciones sociales.

Con toda razón, muchos autores señalaron coincidentemente que el terrorismo de los años ochenta y noventa del siglo pasado fue una estrategia insurreccional y una ideología.

Al intentar un concepto del delito de terrorismo podemos señalar que encontramos elementos comunes³⁶ como la amenaza y el uso de la fuerza. Tal uso o amenaza es el elemento de una estrategia para lograr ciertos objetivos.

En verdad, intentar una definición de terrorismo no es una tarea fácil cada vez que los tratadistas no encuentran un consenso uniforme en esta materia. Casi todas las definiciones se centran en torno a los elementos principales que son el terror y la violencia.

En cuanto a la violencia, es necesario reparar en los medios empleados como son armamentos, artefactos explosivos y medios catastróficos; y es necesario también señalar en lo que

³⁶ Ver, al respecto, José Zalaquet, “El Terrorismo desde un punto de vista normativo”; en Augusto Varas (editor), *Jaque a la Democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina*. Argentina: Grupo Editor Latinoamericano, 1990, p. 109.

se refiere el tipo de conducta realizada, es decir atentados contra las personas o contra el patrimonio.

El delito de terrorismo es pluriofensivo, sin forma definida, llega a confundirse con guerras de liberación. Algunos doctrinarios lo justifican como medio de legítima defensa social, ante gobiernos usurpadores del poder, no siendo delito en estos casos pues estaríamos ante el derecho constitucional de insurgencia. Sin embargo no es este el caso de lo que ha ocurrido en el Perú de las dos últimas décadas, pues nuestros regímenes han sido constitucionales.

El terrorismo es un conjunto de acciones de violencia que revisten gravedad que realiza una facción de hombres, ejecutados para amedrentar a ciertos sectores sociales, a una determinada población o para desorganizar una estructura política social y económica de la nación a la vez que va creando las bases para sustituirlas por otras. Estos actos son castigados en todas las legislaciones.

El terrorismo es un método de combate o una estrategia para poder lograr ciertos objetivos, el propósito es conducir a un estado de terror en la víctima, es despiadado y no se ajusta la norma humanitaria alguna, siendo la publicidad un factor esencial en la estrategia terrorista.

El terrorismo es la amenaza de ejecución de delitos consumados repetidamente, generando y manteniendo en un estado de alarma, zozobra, temor o intimidación dentro de la población o contra bienes económicos, empleando medios que causan estragos, pretendiendo destruir o trastocar las estructuras del Estado a fin de sustituirlos por otra forma de Estado y de régimen político.

De nuestra parte, creemos que en su momento se justificó procesar y juzgar los delitos de terrorismo en el fuero militar, pero hoy que las circunstancias sociales y políticas han cambiado, pues no existe ya guerra interna se hace necesaria una reforma constitucional al respecto. Si bien sobre la justificación de la existencia de una tipificación especial para el terrorismo, algunas legislaciones han entendido que ello no es necesario por que las disposiciones de los Códigos Penales contemplan los diversos elementos que lo caracterizan, tenemos en cuenta que otros Estados si ven la necesidad de crear una tipificación especial para estos comportamientos que los tipos comunes no cumplen la función de prevención de estos actos. Como sabemos un Estado de Derecho supone las garantías de los derechos personales, pero el juzgamiento de los delitos de terrorismo en el fuero militar fue en su momento una necesidad. El país vivía un situación de guerra interna, en la que estaba en peligro nuestra propia subsistencia como nación.

A pesar de que ninguna legislación extranjera juzga este tipo de delitos en el fuero militar, no compartidos la idea de César San Martín Castro cuando refiere que “es posible entender que la jurisdicción militar pueda aplicarse a los delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior, dada las especiales condiciones de un conflicto armado extremo, pero no tiene fundamento político criminal democrático extender la jurisdicción castrense a los supuestos de conflictos internos, puesto que los bienes jurídicos lesionados son comunes y las Fuerzas Armadas y Policía Nacional han ingresado de lleno a su represión, lo que les resta imparcialidad e idoneidad para un juzgamiento equilibrado, y, menos aún, someter a los civiles a procedimientos judiciales claramente restrictivos del debido proceso y, sobre todo, al procedimiento sumario en el teatro de operaciones, pensado y diseñado para conductas vinculadas a enfrentamientos armados específicos”.³⁷

- El Tribunal Constitucional y el delito de terrorismo

Respecto al delito de función, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado en sentido unívoco, señalando que quienes cometen delito de función, sólo pueden serlo los militares en situación de actividad, más no los civiles, a menos que incurran en el delito de traición a la patria. Claro que el

³⁷ César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*. TOMO I. Lima: Editorial Grijley, 1999, p. 107.

artículo 173°, primer párrafo, de la Constitución también comprende a los casos de “terrorismo que la ley determina...”.

Esta fórmula normativa ha sido cuestionada tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues resulta evidente que dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, dado que ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural³⁸.

El Tribunal Constitucional Peruano enfatiza que este dispositivo constitucional, que autoriza para que militares puedan juzgar a los civiles, por la naturaleza coyuntural del tema, debió regularse en una disposición transitoria. Sin embargo, agrega, “más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla”. Por eso, cuando interpreta este artículo 173° de la Carta, lo hace hallándole “un sentido hermeneútico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte”, y aún cuando “se dicte una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173° de la Constitución, su

³⁸ Tribunal Constitucional peruano, STC de 03-01-2003, Exp. No. 010-2003-AI/TC, Asunto: Marcelino Tineo Silva.

aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso”³⁹. En tal sentido, concuerda con la Corte, en su sentencia del 30 de mayo de 1999, cuando señala que: "el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso" (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 128).

Bajo estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659 y el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25880 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del Decreto Ley N.° 25708, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo.

³⁹ Tribunal Constitucional peruano, *idem*.

- La Comisión de la Verdad y Reconciliación

Por su parte, la Comisión de la Verdad y Reconciliación señala en sus conclusiones generales del Informe Final (29-08-2003), parágrafo 126, que: “la CVR deja constancia de la deficiente legislación que aplicaba el sistema judicial. Entre 1980 y 1992 incidieron fuertemente en esta situación: `la tipificación amplia e imprecisa del delito de terrorismo y la mediatización de la labor del Ministerio Público en la etapa de investigación preliminar, subordinando la labor garantista del fiscal. Luego del golpe de Estado de 1992, la situación se agravó debido a que la nueva legislación antiterrorista se caracterizaba por la sobrecriminalización del terrorismo a través de la flexibilización del concepto y la creación de tipos penales nuevos con los que se procesaba en distintos fueros y se imponían penas distintas por la misma conducta; la falta de proporcionalidad de las penas; la seria limitación de la capacidad de defensa de los detenidos; y la atribución de competencia a los tribunales militares en el juzgamiento de los delitos de traición a la patria”⁴⁰.

2.2.5. El otrora Servicio Militar Obligatorio

La Constitución de 1993, en su artículo 173, señala que quienes infrinjan las normas de Servicio Militar Obligatorio serán sometidos al Código de Justicia Militar.

⁴⁰ Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, presentado el 29 de agosto de 2003.

El servicio militar obligatorio respondía a la idea de que de este sistema las fuerzas militares se proveían de los necesarios efectivos de reemplazo. Así los peruanos varones debían hacer el servicio militar obligatorio.

Sin embargo, el 10 de junio de 1999 se debatió en el congreso la Ley de Servicio Militar voluntario, la que fue aprobada por la mayoría del pleno. Meses después, recién el 29 de setiembre de ese año el Ejecutivo promulgó la norma, la misma que desde el 1º de enero del año 2000 entró en vigencia.

Respecto de la nueva Ley de Servicio Militar quisiera hacer el comentario de que ésta dispone una serie de prerrogativas al Poder Ejecutivo con relación a llamamientos extraordinarios y a la ampliación de los períodos del servicio.

Quisiera también plantear algunas propuestas:

- La nueva ley debe señalar o publicitar las obligaciones y responsabilidades de los encargados del servicio, para poder conocer los delitos, infracciones y sanciones a quienes cometen maltratos al interior de los cuarteles. Así mismo, deben señalar garantías para la protección de los jóvenes que están en el servicio militar, tanto en el activo como en la reserva.

- La Defensoría del Pueblo debe constituirse efectivamente en una instancia de control y vigilancia que asegure los derechos y garantías de los conscriptos.
- El Poder Ejecutivo debería informar a la opinión pública sobre los resultados del servicio, la situación de los derechos y obligaciones, costos, ocurrencias relacionadas, tanto en lo que se refiere a los objetivos de la Defensa como a los de Desarrollo Nacional.

Modelo de Servicio Militar en el Perú⁴¹

Modelos de Servicio Militar Obligatorio	Modelo de Servicio Militar de Obligatoriedad Subsidiaria (transitorio)	Modelo de Servicio Militar Mixto
Decreto Legislativo 264, que rige desde el 8 de noviembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1999	Según ley N° 27178, rige desde el 1 de enero del año 2000 hasta el 31 de diciembre del 2001	Según ley N° 27178, rige desde el 1 de enero del 2002 en adelante
El servicio militar obligatorio	El servicio militar es obligatorio si no se logra cubrir la cuota fijada por el Ministerio de Defensa a través de un servicio voluntario	El servicio militar en el activo es voluntario, y en la reserva es obligatorio

⁴¹ Francisco Fernández Segado, por su parte, nos ofrece un recorrido por los diferentes modelos de servicio militar que han ido adoptando las diferentes culturas desde la aparición misma de los ejércitos; ver su libro *El Servicio Militar. Aspectos Jurídicos y Socio-económicos*. Madrid: Fundación Alfredo Brañas, 1994, pp. 234-244.

CAPÍTULO TERCERO

JURISDICCIÓN MILITAR: COMPETENCIA Y COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES

3.1 Competencia de los Tribunales Militares

3.1.1. Nociones generales

3.1.2. El clásico triple fundamento

3.1.2.1. Por razón del delito

3.1.2.2. Por razón del lugar

3.1.2.3. Por razón del estado de guerra

3.1.2.4. De la fórmula tripartita a la fórmula unitaria

3.2 Composición del Tribunal Militar

3.2.1. Nociones generales

3.2.2. La justicia militar en tiempo de paz

3.2.3. La justicia militar en tiempo de guerra

3.2.4. La justicia militar en regímenes de excepción

3.1. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES

3.1.1. Nociones Generales

Los tribunales militares sobre todo en lo que se refiere a su competencia, han sido siempre motivo de polémica en la que han intervenido tanto civiles como militares. La idea central es que se crea una doble jurisdicción, y de lo que se trata es de clarificar su delimitación. Quizá el problema central radica en que en ciertos casos prescritos por la ley los tribunales militares tienen potestad para juzgar tanto a militares como a civiles, y en si los tribunales militares deben conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio cuando también el sujeto pasivo es militar; problemas que están siendo zanjados a través del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Dentro de las acepciones que en la actualidad identifican como fuero tenemos que contemporáneamente se le entiende como el lugar donde se administra justicia al fuero común, fuero eclesiástico, fuero militar, al tribunal a cuya jurisdicción está sometido el reo o demandado, al distrito o territorio dentro del cual ejerce cada juez su jurisdicción.

En su sentido de potestad o jurisdicción, el fuero puede ser *ordinario* y significa el poder de conocer de todas las causas, sean civiles o criminales, que no corresponden a tribunales especiales; y *especial* que es el poder que se tiene de conocer cierta clase de

causas o las que se refieren a ciertas personas, cuyo conocimiento se ha sustraído del fuero ordinario.

Un ciudadano normalmente debe ser juzgado por un Tribunal ordinario, pero se da el caso de ciertas personas que por su peculiar actividad en razón de la institución a que pertenecen no se les puede someter a la jurisdicción de los tribunales ordinarios; aparecen entonces los fueros especiales.⁴² Una de las expresiones más importantes de estos fueros especiales es el Fuero Militar. La naturaleza peculiar de las Fuerzas Policiales y Fuerzas Armadas, las situaciones que ellos enfrentan en razón del cumplimiento de su labor, la importancia de la disciplina, son factores por los cuales militares y policías no puedan someterse a la jurisdicción del Fuero Común.

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario, señala que el fuero militar es el derecho de todo militar de ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado, y es deber de la justicia militar someter a juicio a cuantos militares y civiles incurran en delitos o faltas típicamente militares. Sin excluir algunas intervenciones de otra especie, sostiene Cabanellas que el carácter del fuero militar es predominantemente criminal.

⁴² Ver Rómulo Saavedra, *Op.cit.*, p. 13.

Lo que caracteriza a una organización militar es la disciplina. Y por disciplina debe entenderse todos los actos de la vida. En este sentido, una organización, jerárquica que se rige por posiciones de autoridad y de subordinación en todos los grados de la jerarquía y de la actividad incluso cotidiana de sus integrantes no puede suprimir su organización militar al momento de juzgar a sus miembros.

Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo, y José Palomino Manchego han señalado argumentos a favor y en contra respecto de la existencia del fuero militar. Entre los argumentos a favor tenemos: una mejor valoración y conocimiento de los hechos por parte del tribunal militar; la importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta ejemplar rápida y, la necesidad de conservar la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores. Entre los argumentos en contra tenemos: atenta contra el principio de unidad jurisdiccional y lesiona los principios de igualdad ante la ley, y uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta e implica una justicia corporativa y doméstica que podría encubrir privilegios injustificados, lesionando de esta manera las garantías procesales.⁴³

⁴³ Gerardo Oto Cruz, César Landa Arroyo y José Palomino Manchego, *Op. cit.*, p.371. Al respecto quisiera plantear la siguiente crítica: No puede plantearse como argumento en contra de la existencia del fuero militar el hecho de que éste administre una “justicia corporativa y doméstica que podría cubrir privilegios injustificados”, pues ello supondría la existencia de una justicia ordinaria o común que ofrezca mayores garantías que la justicia militar, y ello no es así. Basta señalar el algo grado de intervención política y el alto grado de corrupción en el Poder Judicial.

A su vez, la jurisdicción militar encuentra su razón de ser en el criterio de la especialización del juzgador⁴⁴ como garantía de un mayor tecnicismo, acudiendo al juez adaptado a la materia penal militar que es de delicadeza incomparable como cualquier otra, bien por la especial importancia de los intereses atacados, o por la intensidad del vínculo que sujeta a los autores, o por la condición irreproducible del ambiente en el que operan, como es el caso de policías y militares.

3.1.2. El Clásico Triple Fundamento

En cuanto a la jurisdicción militar, la doctrina coincide en señalar un triple fundamento: por razón del delito, por razón de lugar, y por razón de estado de guerra.

3.1.2.1. Por razón del Delito

Respecto de la competencia de los Tribunales militares cabemos tomar en cuenta dos elementos⁴⁵ que van a determinar la propia jurisdicción: el elemento subjetivo, es decir al pertenecer a las Fuerzas Armadas y/o a la Policía Nacional; y el elemento objetivo militar del delito.

⁴⁴ Francisco Jiménez Jiménez. *Introducción al Derecho Penal Militar*: Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 85.

⁴⁵ Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José Palomino Manchego, *Op. cit.*, p. 408.

Tengamos en cuenta que la Constitución establece tan sólo la existencia objetiva de una comisión del delito de función; por tanto, no establece ningún otro fundamento que el derivarle a la legislación ordinaria.

El Código de Justicia Militar, en cuanto al concepto de delito militar, en realidad ofrece una definición puramente formal al establecer que constituyen delitos militares “las infracciones previstas en este Código, y al agregar que lo son igualmente, en estado de guerra, las contravenciones a las disposiciones del Poder Ejecutivo y a las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades. Es a partir de estas nociones generales que el Código de Justicia Militar describe las conductas que tienen tal carácter. Cabe hacerse la pregunta de si sólo, los policías y militares pueden cometer delitos de naturaleza militar o si también un ciudadano puede cometer algún delito militar.

La doctrina ha diferenciado los delitos propiamente militares que se producen cuando el militar viola bienes jurídicos inherentes a su profesión, de aquellos otros delitos no militares en los que se involucra a civiles que pueden resultar sujetos activos de una lesión a un bien jurídico castrense o que por su propio carácter

pluriofensivo afecta simultáneamente tanto a bienes jurídicos comunes como a bienes jurídicos militares, ambos tutelados tanto por el Código Penal común como por el Código de Justicia Militar.⁴⁶

De conformidad con lo establecido en el artículo 320 del Código de Justicia Militar, la jurisdicción militar comprende todos los procesos contra los miembros de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas por las infracciones previstas en el Código de Justicia Militar. De igual forma, este precepto regula la competencia de la justicia militar para procesar a “cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado, por infracciones previstas en este Código”.

El artículo 324 del Código de Justicia Militar prevé que la jurisdicción militar conoce también de los delitos comunes cometidos en actos de servicio cuando tanto el agraviado como el inculcado son militares, aplicándose las normas del Código Penal Común. Esta excepción para el supuesto de que el sujeto agente del delito así como la propia víctima sean policías o militares.

⁴⁶ Ver Francisco Fernández Segado, “*Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz*”; en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, p. 204. Tomo I.

En este contexto debe entenderse el artículo 340 de dicho Código señala que “Si una infracción estuviese comprendida en este Código y en el común, conocerá de las causas la Justicia Militar si ésta se encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en este mismo Código”. En este caso, existen una serie de delitos que se encuentran previstos, tanto en el Código de Justicia Militar como en el Código Penal común. Así si un policía o militar infringe dicho precepto es la justicia militar la competente para procesarlo y juzgarlo.

En una futura reforma deberá resolverse la dualidad de tipificación entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar. Tengamos en cuenta que el problema se complica cuando revisamos la Ley N° 24150 que establece un conjunto de normas que deben cumplirse en los estados de excepción en los que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio Nacional. Problema que si bien se ha reducido en razón al pronunciamiento del Tribunal Constitucional que ha declarado en parte inconstitucional el art.10) de la mencionada norma, quedando su texto de la siguiente forma “Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio

de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”, que si bien no da solución al problema, ayuda en la medida que establece límites más o menos claros.

3.1.2.2. Por razón del Lugar

El artículo 326 del Código de Justicia Militar señala que: “Por razón del lugar, la jurisdicción militar es competente para conocer de las causas que contra cualquier militar se instruyan por delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábrica, talleres, centro de instrucción militar y demás establecimientos militares”.

Es decir, se trata de extender la competencia de la jurisdicción militar también a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares.

3.1.2.3. Por razón del Estado de Guerra

Un estado de guerra, en sentido estrictamente jurídico, es la condición bélica en la que se encuentra un país en relación a otro(s) país(es). El estado de guerra presupone el recurrir a la fuerza material en condiciones de duración y generalidad.

Tal como puntualiza el artículo 327 del Código de Justicia Militar, en estado de guerra se hallan sometidos a la jurisdicción militar tanto los militares que incurran en cualquiera de las infracciones previstas en dicho Código (ya sea en el territorio nacional o en territorio enemigo ocupado, y los civiles cuando se trata de traición a la patria) como los militares que infrinjan las disposiciones y órdenes dictadas por el Poder Ejecutivo, así como las órdenes de los Comandos Militares dictadas con arreglo a sus facultades.

3.1.2.4. De la formula tripartita a la fórmula unitaria: en razón del objeto o bien jurídico tutelado

Tradicionalmente se ha establecido que la competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se cometa, y por la persona responsable. El Código de Justicia Militar Peruano de 1980, estipula en el artículo 319° que la jurisdicción militar se ejerce: a) por razón del delito; b) por razón del lugar; y c) por razón del Estado de Guerra.

Sin embargo, estos criterios de atribución lejos de permitir el esclarecimiento de cuál debe ser la jurisdicción competente ante casos donde se cuestiona que ella sea la jurisdicción militar, permite mantener la incertidumbre. Incluso se

ha prestado, como afirma SANDOVAL, para introducir criterios ajenos, como el de *ocasionalidad*. Bajo este criterio si el hecho punible es cometido por un militar en circunstancias calificadas como acto de servicio o nociones análogas vinculadas a la función militar, estaremos siempre frente a un delito militar, aún cuando estos delitos sean comunes, o considerados como de lesa humanidad⁴⁷.

Los criterios de atribución antes expuestos deben ser considerados como secundarios, subordinados al criterio material, siendo éste último determinado por la función o servicio que realiza el personal militar o policial. Es decir, la jurisdicción militar sólo asume competencia cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar. Hechos delictivos que afecten el servicio, la función, o la seguridad nacional.

De esta forma, la jurisdicción militar queda limitado al “ámbito estrictamente castrense”, criterio material de delimitación de competencias, conectado a proteger adecuadamente la disciplina como factor de cohesión, y el orden jerárquico – piramidal de la institución armada; abandonándose el tríptico competencial característico de competencia por razón de la materia, de las personas y del lugar.

⁴⁷ SANDOVAL, Juan Carlos, “La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar”, en: *La reforma del derecho penal militar*, Anuario de derecho penal 2001-2002, p. 180. Respecto a la comisión de delitos de lesa humanidad, el autor cita las ejecutorias supremas de 10 de abril de 1985, Exp. No. 5-85, Lima; de 22 de agosto de 1986, Exp. No. 24-86, Lima.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”, caracterizando a éste, no la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses⁴⁸.

Es de precisar, que la “función” o el “servicio” “está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo. No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar”⁴⁹.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado con meridiana claridad, que “no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 0017-2003-AI/TC, fundamento 110.

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358/97, 05 de agosto de 1997, Santa Fe de Bogotá.

ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reproachable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policial. El concepto de servicio o función no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial⁵⁰.

La Corte Constitucional de Colombia establece dos criterios para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar⁵¹:

- Debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.
- Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358/97, *idem*.

⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358/97, *idem*.

En consecuencia, si el agente desplegó actos con intenciones criminales, utilizando su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria. En tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, dado que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio.

En el caso del delito de lesa humanidad, por ejemplo, es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria. Existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio⁵².

En similar sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional español⁵³, cuando afirma que “la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan «contra cualquier persona», sea militar o paisano. La extensión de la

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358/97, *idem*.

⁵³ Sentencia Tribunal Constitucional español, núm. 75/1982 (Pleno), de 13 diciembre de 1982.

jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado artículo 117.5 de la Constitución, que queda restringida a los casos en que existan esos motivos (...) la misma que impone a la jurisdicción militar, aplicarse con carácter restrictivo dado que esa jurisdicción, es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria, por lo que no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen y en el caso concreto que nos ocupa que el conocimiento de un delito por razón del lugar en que se cometieron los hechos está justificado, porque esos hechos afectaban al «buen régimen; al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas». Sin embargo en el auto impugnado en ningún momento se alude a una posible lesión de esos intereses militares, ni de la simple descripción de los hechos puede inferirse razonablemente que existiese. Ello es evidente en lo que se refiere al buen régimen y a la seguridad, y en cuanto al servicio, no es tampoco perceptible, por cuanto precisamente el que realizaban los miembros de la Guardia Civil presuntamente responsables del delito objeto de la causa criminal era un servicio de policía, es decir, un servicio que con arreglo a la legislación vigente supone de ordinario la pérdida de fuero militar.

Deduciéndose que ha existido en el presente caso una vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución por ser competente para conocer del procedimiento incoado el órgano judicial competente de la jurisdicción ordinaria...”.

Por ello, en un Estado de Derecho, la función militar y la policía están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley.

3.2. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL MILITAR

3.2.1. Nociones Generales

La ley Orgánica de la Justicia Militar, en el artículo 1 de su Título Preliminar señala que los tribunales de justicia militar constituyen un alto organismo de los institutos armados establecidos de conformidad con el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, concordante con los artículos 138 y 173 del mismo texto fundamental, para el ejercicio de la función judicial, respecto de los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción. Están comprendidos la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

Queda así prevista la cláusula definitoria del ámbito de competencia de la jurisdicción militar que comprende tanto a los miembros de la Policía Nacional así como a los miembros de las Fuerzas Armadas en los casos de delitos y faltas.

La jurisdicción militar se encarga de conocer la justicia militar tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

3.2.2. La Justicia Militar en Tiempo de Paz

La categoría “tiempo de paz” está fundamentalmente vinculada a las relaciones internacionales de un Estado con otro u otros Estados. La soberanía de un Estado se mantiene incólume con relación a los demás. Es decir, dicho Estado puede ejercer sus derechos inherentes tales como: el *derecho de jurisdicción*, que consiste en la facultad de legislar y aplicar la ley; y el *derecho de policía*, en virtud del cual el Estado ejerce la función preventiva y represiva indispensable para asegurar que las leyes se cumplan.

Pero, la gran pregunta es ¿Qué ocurre cuando existe un conflicto interno en un país? ¿Dejará de aplicarse la categoría “tiempo de paz”? en este caso podrían presentarse dos posibilidades:⁵⁴ 1) Si dicho conflicto interno es calificado por la comunidad internacional como un conflicto armado no internacional, es de aplicación los Convenios de Ginebra; los

⁵⁴ En Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José Palomino Manchego, *Op. cit.*, pp. 418-419

alzados en armas, ostentarían el status de prisioneros de guerra, y como tal serían juzgados con el derecho penal militar y con los convenios internacionales. 2) De no existir conflicto armado internacional, pero sí manifestaciones de violencia política que se manifiestan en lo que la política exterior norteamericana califica como guerra de baja intensidad, como son en los casos de Latinoamérica los casos de terrorismo, guerrilla u otras formas de violencia política. En este supuesto, si bien existen problemas que afectan el orden público interno y la seguridad del Estado y aun cuando no existe una paz en sentido estricto del término, para la normatividad el Derecho Internacional en ese país siempre habría una paz, pues tal situación no estaría comprometiendo la seguridad internacional.

No obstante, ocurre que algunos países latinoamericanos han incorporado en sus ordenamientos internos el concepto de “guerra” y han dejado de distinguir lo que es su situación interna con una guerra convencional. En este sentido, las legislaciones internas permiten al fuero militar el juzgamiento de los alzados en armas. Esto es lo que ocurre cuando la Constitución de 1979 en su artículo 235 señalaba “de guerra exterior”. La Constitución de 1993 en su artículo 137, inciso 2, acuña la expresión “guerra”. De modo que, marca una diferencia taxativa con la lacónica expresión “de guerra”. Así, de manera de expresión “de guerra” es aplicable para cualquier conflicto interno.

Ocurre que en relación a la Constitución de 1979 se ha cambiado la denominación de “orden interno”, por la de “defensa nacional” que señala el artículo 163 de la actual Carta de 1993, donde a su vez se vincula y comprende el concepto de “seguridad nacional”; por tanto, la distinción entre los connacionales y el enemigo exterior se hace tenue puesto que conforme a la doctrina de seguridad nacional el enemigo⁵⁵ del Estado puede ser tanto externo como interno.

La Ley Orgánica de Justicia Militar, en su artículo 1, establece que en tiempo de paz la justicia militar se ejerce por: La Corte Suprema de Justicia; el Consejo Supremo de Justicia Militar; los Consejos de Guerra; los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales; y los Jueces Instructores.

a. La Corte Suprema de Justicia

De acuerdo al artículo 143 de la Constitución de 1993, la Corte Suprema de Justicia constituye el máximo organismo en la administración de justicia en el país y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional. Tanto para el fuero común como para el fuero militar.

⁵⁵ Respecto de la dicotomía amigo-enemigo, un punto de vista jurídico desde la casuística nazi en Juan Bustos Ramírez, “El Control Formal: Policía y Justicia”; en *El Pensamiento Criminológico II*. Bogotá: Editorial THÉMIS, 1983, pp. 418-419.

La idea de Bustos Ramírez es que para los nazis el delincuente es un traidor. El enemigo del Estado puede ser tanto externo como interno. El concepto de orden del sistema resulta único e indivisible, de modo que todo aquel que esté en contra él o en desacuerdo con él resulta un enemigo. En esta lógica, para los nazis el delincuente es un traidor, sea éste extranjero o connacional.

La Ley Orgánica de Justicia Militar, en su artículo 4º, señala que la Corte Suprema tiene competencia para dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre los tribunales militares y los comunes. El artículo 361 del Código de Justicia Militar establece que son dos las reglas básicas a través de las cuales se resuelven las contiendas de competencia que afectan la jurisdicción militar: 1) Justicia Militar, cuando se susciten dentro del fuero militar; 2) Corte Suprema de Justicia, cuando se susciten entre la Jurisdicción militar y el fuero común.

Respecto de los conflictos entre el fuero común y el fuero militar, la ley Orgánica del Poder Judicial en el inciso 3 de su artículo 34 regula los tipos de proceso que conoce la Sala Penal de la Corte Suprema. A su vez, está en concordancia con el artículo 21, inciso 6 del Código Procesal Penal que la competencia de las Salas Penales de la Corte Suprema pueden resolver las cuestiones de competencia previstas en la ley y entre la jurisdicción común y la militar.

El jurista Florencio Mixan Mass señala que la contienda de competencia consiste en “que los jueces penales de desigual jerarquía pertenecientes al mismo distrito judicial o a distinto fuero, frente a dos o más procesos conexos que están conociendo respectivamente y en virtud de un requerimiento o por la inhibición

de uno de ellos entran en desacuerdo recíproco que los determina o a porfiar cada uno de ser competente para seguir tramitando el proceso o negarse ambos a conocer el caso, desacuerdo que debe ser resuelto por la instancia superior en el modo y forma previsto en la ley”.⁵⁶

A través de una ejecutoria Suprema, del 22 de agosto de 1986, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema resuelve a favor de la justicia militar la contienda de competencia planteada en el caso de los internos por terrorismo que se rindieron luego del amotinamiento en los penales de Lima. La vigencia del Decreto Supremo N° 006-86-JUS, fue una de las razones esgrimidas por la Sala para fallar a favor de la jurisdicción militar para este caso.

De igual forma, se produce la dación de la Ley N° 26291 que regula los problemas de contienda de competencia entre el fuero común y el fuero militar. Precisamente, en base a esta Ley que la Sala Penal correspondiente resuelve remitir el expediente del caso de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta a la justicia militar.

b. El Consejo Supremo de Justicia Militar

El Consejo Supremo de Justicia Militar es el órgano jurisdiccional propiamente militar de mayor jerarquía dentro de la

⁵⁶ Florencio Mixán Mass, *Derecho Procesal Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1984, p. 245. Tomo III.

institución castrense, y que ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional sobre la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas en los casos de su competencia. La sede del Consejo Supremo de Justicia Militar se ubica en la Capital de la República.

El Consejo Supremo de Justicia Militar está compuesto de diez Oficiales Generales en Situación de Actividad; de los cuales ocho son vocales, un Fiscal General y un Auditor General. La Ley 26677 que reforma la Ley Orgánica de Justicia Militar establece que de los ocho vocales, tres deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar; asimismo, se establece que el Fiscal y el Auditor General deben ser miembros de dicho Cuerpo.

Es decir, a partir de 1996 el Consejo Supremo de Justicia Militar ha incrementado el número de miembros con formación jurídica, pues antes el Fiscal y el Auditor General eran los únicos que pertenecían al Cuerpo Jurídico Militar, esto ha sido modificado.

En cuanto al Vocal representante del Consejo Supremo de Justicia Militar éste es nombrado de forma rotativa entre los oficiales Generales de las Fuerzas Armadas. El Fiscal General y el Auditor General son Generales, Contralmirante o Mayores Generales del Cuerpo Jurídico Militar.

El Consejo Supremo de Justicia Militar está dividido en dos Salas: una Sala de Guerra o de Primera Instancia integrada por tres vocales, y una Sala Revisora integrado por los tres vocales más antiguos.

Quien preside este máximo organismo de la justicia militar puede ser un General de División, un Vicealmirante o un Teniente General de la Fuerza Aérea, por un período de dos años, el mismo que será rotativo entre los tres institutos de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Justicia Militar, el Consejo Supremo de Justicia Militar tiene competencia para:⁵⁷

- a) Revisar las sentencias de los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional;
- b) conocer en apelación las sentencias expedidas en los juicios militares, en los casos y formas que determine el Código de Justicia Militar;
- c) conocer de las resoluciones, en general de los Consejos cuando sean elevados en consulta o en apelación conforme a ley;
- d) resolver los disensos, en materia de justicia, que surjan entre los Consejos y su Auditor;

⁵⁷ Consultar artículo 12 de la referida Ley, en Gonzalo Gómez Mendoza, *Op. cit.*, pp. 196-198.

- e) dirimir las contiendas de competencia que se susciten entre los Consejos y resolver los conflictos que sobre atribuciones pudieran ocurrir entre los funcionarios de la Justicia Militar;
- f) trasladar los juicios militares de un Consejo a otro, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija;
- g) resolver las recusaciones y excusas de sus miembros y las recusaciones a los miembros de los Consejos;
- h) conceder a los condenados el beneficio de la liberación condicional, en los casos que establece el Código de Justicia Militar;
- i) resolver los pedidos de rehabilitación de los condenados, en los casos previstos por la ley; conocer originariamente en las causas militares que se sigue: Contra el Presidente del Comando Conjunto de la Fuerza Armada, Comandantes Generales del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea; contra los Oficiales Generales Almirante de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, aunque estuvieren comprendidos en el juicio otros Oficiales de grado inferior; contra el Presidente del Comando conjunto de las Fuerza Armada, Comandante Generales del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea, Directores Superiores de la Policía General, de Seguridad y Técnica, y contra cualquier Oficial Superior que ejerza cargo que compete a General o Almirante;

contra los Vocales, Auditores y Fiscales de los Consejos, Secretarios y Relator del Consejo Supremo de Justicia Militar y Jueces Instructores, por delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones.

- j) así mismo, conocer del recurso de queja formulado contra los consejos por denegatoria de apelación o de otros recursos o garantías que la ley concede;
- k) aplicar en el Fuero Privativo Militar las amnistías o indultos;
- l) conocer del recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada;
- m) ordenar la apertura de instrucción, cuando encuentre mérito para ello;
- n) designar para el ejercicio de funciones judiciales al Oficial en actividad que estuviere legalmente apto en las Fuerzas Armada y Policía Nacional del Perú, en los casos de ausencia o impedimentos de los titulares;
- o) fijar la sede de los Consejos;
- p) emitir los informes que le soliciten los Poderes Públicos;
- q) dictar el reglamento del Servicio Judicial y modificarlo de acuerdo con las exigencias del mismo;
- r) ejercer jurisdicción disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la justicia militar;
- s) proponer al Ministerio de Defensa y del Interior las vacantes que deban declararse anualmente;
- t) administrar los fondos de Justicia Militar;

- u) regular periódicamente la cuantía de los delitos y de las faltas contra el patrimonio previsto en el art. 276, e inc. g) del art. 727 del Código de Justicia Militar;
 - v) participar en la declaratoria de vacantes y ascensos de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que prestan servicio en la Rama Judicial.
- c. Los Consejos de Guerra, y los Consejos Superiores de Justicia de la Policía Nacional del Perú.

Son tribunales permanentes, y mantienen una relación jerárquica de subordinación respecto del Consejo Supremo de Justicia Militar, y tiene jurisdicción en las zonas judiciales que se determina por la Ley Orgánica de Justicia Militar, y en las causas de su competencia. Para la Justicia Militar, las zonas judiciales constituyen determinadas extensiones territoriales en las que dichos Consejos ejercen jurisdicción.

Los Consejos de Guerra están compuestos por: un Presidente, cargo que recae en un Coronel o Capitán de Navío; dos Vocales, en el Grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante de Aeronáutica, en situación de actividad, un Auditor, miembro del Cuerpo Jurídico Militar, y un Fiscal, que debe ser miembro del Cuerpo Jurídico Militar.

En cuanto a la competencia de los Consejos de Justicia Policial y Militar, la Ley Orgánica ha prefigurado diversas atribuciones y competencias:⁵⁸

- a) Ordenar la formación de causa contra quienes se extiende la jurisdicción militar dentro de su Zona, cuando así la hubiese mandado otra autoridad facultada para el efecto y siempre que el conocimiento originario no corresponda al Consejo Supremo de Justicia Militar;
- b) dirigir los procedimientos judiciales y resolver todos los asuntos que en ello se susciten, sujetándose a las disposiciones del Código de Justicia Militar;
- c) aceptar y promover contiendas de competencia;
- d) resolver las excepciones que se promuevan en el procedimiento;
- e) resolver las excusas de sus miembros y las incompatibilidades, exenciones y excusas de los nombrados para intervenir en los actos judiciales y que le estén subordinados, así como las recusaciones que contra estos últimos se hagan;
- f) resolver la vista de las instrucciones, el sobreseimiento, la elevación de la causa a proceso o el corte de la secuela del juicio;

⁵⁸ Consultar artículo 25° de la referida Ley, en *Op. cit.*, pp. 205-207.

- g) elevar en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar los autos de sobreseimiento y los de corte de secuela del juicio, en los casos previstos en el Código de Justicia Militar;
- h) falla en Primera instancia las causas de que conozcan, excepto las de deserción simple y abandono de destino, y los procedimientos por faltas;
- i) elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar, para su revisión, las sentencias en que se impongan la pena de muerte, internamiento, penitenciaria, prisión y expulsión de los Institutos Armados;
- j) elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar, para su revisión, las sentencias en que se impongan penas diferentes de las indicadas en el punto i) y las absueltas en los mismos casos, cuando respecto de aquéllas o de éstas el Auditor esté en desacuerdo con el Consejo;
- k) elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar las Causas en que el fiscal, el acusado, su defensor o la parte civil, interpongan apelación en los casos que la ley permite este recurso;
- l) ordenar la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios por deserción con circunstancias calificativas y las que no estén comprendidas en los incisos 9, 10, y 11 de este artículo;
- m) elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar las causas cuyas sentencias haya ordenado ejecutar, a fin de que declare si

estuvo dentro de sus facultades ordenarlo y, en consecuencia, si tiene o no responsabilidad por tal decisión;

- n) elevar en consulta las resoluciones que dicte en disenso con el Auditor;
- o) revisar las Sentencias de los Jueces Instructores expedidas en las causas seguidas por deserción simple, abandono de destino y en los procedimientos por faltas y conocer en grado de las apelaciones de dichos fallos;
- p) resolver las solicitudes de Libertad;
- q) informar al Poder Ejecutivo, por conducto del Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre las peticiones de indulto especial;
- r) recomendar a las autoridades y oficiales dependientes de su jurisdicción las comisiones o diligencias que exija la administración de justicia; y;
- s) ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley y los reglamentos;

Además, debe señalarse que en todos los asuntos judiciales que son de competencia del Consejo, éste resolverá siempre previo dictamen del Auditor. Lo cual, por cierto, es saludable.

d. Los Jueces Instructores y Jueces Sustitutos

Los Jueces Instructores y los Jueces Sustitutos son los encargados de realizar la investigación judicial hasta su culminación. Existen dos tipos de jueces instructores: los Permanentes y los Sustitutos.

Los Jueces Permanentes son aquellos que mantienen dicha condición funcional, hasta en tanto no sean relevados oficialmente; en realidad, esta distinción de “permanente” se le atribuye mientras resulta imprescindible su presencia. El número de Jueces Permanentes es fijado anualmente por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar: precisamente, es el Consejo Supremo de Justicia Militar el que señala a los Jueces Permanentes. Para ser Juez permanente se debe ostentar el grado de Teniente Coronel, Comandante o Capitán de Fragata.

Por otro lado, los Jueces Sustitutos son aquellos Oficiales nombrados por los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de la Policía Nacional en atención a las necesidades no previstas en la administración de justicia.

En términos de ejercicio, los Jueces Sustitutos y los Jueces Permanentes cumplen las mismas funciones y tienen las mismas atribuciones.

En cuanto a la competencia de los Jueces Instructores o Jueces sustitutos, la ley señala que.⁵⁹

- a) Actúan en las instrucciones en los juicios contra personas sujetas a su jurisdicción, previa orden del Consejo, salvo el caso de delitos flagrantes, en que procederá sin orden y sólo dando cuenta;
- b) resuelven en primera instancia los incidentes que se susciten o promuevan dentro de los procedimientos judiciales, a excepción de aquellos cuya resolución corresponda a otra autoridad judicial conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial o al código de Justicia Militar;
- c) cuidar que consten por escrito las disposiciones que dicte, las diligencias que practique y los incidentes que surjan en el procedimiento y todo lo que pueda servir para acreditar la estricta observancia de las formas y solemnidades de la ley;
- d) dictar, cuando proceda, auto motivado de detención contra el encausado;
- e) decretar y hacer efectivo los apremios y apercibimientos que la ley establece;
- f) informar al Consejo sobre el resultado de la instrucción, haciendo una exposición clara con referencia a las piezas de autos;

⁵⁹ Ver artículo 39 de la referida Ley. *OP. cit.*, pp. 213-214.

Al respecto, puede también consultarse el *Manual de Procedimientos Judiciales para el uso del Juez Instructor del Fuero Privativo Militar*. Lima: Consejo Supremo de Justicia Militar, 1988.

- g) fallar en primera instancia en los juicios por deserción simple y abandono de destino y en los procedimientos por falta, elevando en consulta sus fallos al consejo;
- h) proveer todo lo necesario a la seguridad del encausado, guardando a su jerarquía las consideraciones compatibles con su situación legal.
- i) librar despachos y demás comunicaciones y cumplir las comisiones que reciba de otras autoridades judiciales;
- j) elevar al Consejo las razones de causa, relaciones de presos y cuadros de reparación civil, para que éste, a su vez, haga lo propio al Consejo Supremo de Justicia Militar, en los periodos que señale. Y;
- k) ejercer las demás atribuciones que señalan la ley y los reglamentos;

Sean permanentes o sustitutos, los Jueces Instructores tienen un Secretario Letrado que normalmente es un abogado asimilado con el grado de Teniente Primero o Capitán.

e. La Policía Militar⁶⁰

La Policía Militar es un organismo auxiliar de la administración de justicia militar, cuya competencia es la investigación de los delitos y las faltas, poner a los responsables a disposición de la autoridad judicial competente. La investigación

⁶⁰ Consultar artículos 42, 43, 44, 45, 46 y 47, de la referida Ley. *Op. cit.*, pp. 215-216.

realizada por la Policía Militar debe ser enviada a la autoridad judicial con el atestado y todas las referencias del caso. En los establecimientos penales militares, o en los de simple detención, la custodia está a cargo de la Policía Militar. Además, la función de prebostazgo es ejercida por la Policía Militar en tiempo de guerra.

f. El Cuerpo Jurídico Militar⁶¹

El Cuerpo Jurídico Militar es un organismo conformado por abogados con rango de militar o policial, unidos bajo un solo estamento tanto para las Fuerzas Armadas como para la Policía Nacional.

Este cuerpo está conformado por dos especialidades: la judicial y la administrativa.

La especialidad judicial está a cargo de los oficiales con el grado previsto en la ley y prestan servicios en los organismos judiciales de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas y en las Procuradurías de la República encargadas de los asuntos de los Institutos Policiales y Armados.

El Cuerpo Jurídico Militar, en orden descendente tiene la siguiente jerarquía.

⁶¹ Consultar artículos 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 y 70 de la referida Ley. *Op. Cit.*, pp. 222-225

- a) General de Brigada del Ejército, Contralmirante de la Armada o Mayor General de la Fuerza Aérea (el Fiscal General y el Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar);
- b) Coronel o Capitán de Navío (el Secretario de Consejo Supremo de Justicia Militar y los Auditores de los consejos);
- c) Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante de la Fuerza Aérea (Jueces Instructores Permanente);
- d) El Relator y el Defensor del Consejo Supremo de Justicia Militar;
- e) El Secretario de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar;
- f) Los Secretarios del Fiscal General, del Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar, los Fiscales y Defensores de los Consejos;
- g) Mayor o Capitán de Corbeta (los Relatores Secretarios de los Consejos); y Capitán o Teniente Primero (los Secretarios de los Auditores de los Consejos y de los Juzgados de Instrucción).

Además es de señalarse que los abogados asimilados como oficiales del Cuerpo Jurídico Militar de la especialidad jurídica están impedidos de ejercer defensa ante los jueces y tribunales militares o comunes.

g. Los Auditores⁶²

Los auditores son los asesores legales de los Consejos. De acuerdo a lo establecido, tiene voz pero no voto, a excepción de los asuntos de carácter administrativo en los que si tiene voz y voto.

La Auditoria de Justicia Militar se encuentra integrada de la siguiente manera: un Auditor General en Consejo Supremo de Justicia Militar, y un Auditor en cada uno de los consejos que señala la ley Orgánica de Justicia Militar.

El Auditor General tiene las siguientes atribuciones:

Dictaminar en todas las causas que se elevan al consejo; participar en las deliberaciones; proponer las resoluciones que a su juicio proceda dictar; redactar las resoluciones que el Consejo acuerde; emitir dictamen en todos los asuntos de justicia, administrativos y en los que el Consejo le solicite opinión; ejercer vigilancia sobre los Auditores de los consejos; actuar en la Sala Revisora; y ejercer las demás atribuciones que le asignan el Consejo de Justicia Militar y la Ley Orgánica.

A los Auditores de los Consejos les corresponde las siguientes atribuciones: dictaminar en toda denuncia acerca de la procedencia o improcedencia de la apertura de instrucción; dictaminar en las instrucciones concluidas conforme al Código de

⁶² Consultar artículos 71, 72, 73, y 74 de la referida Ley, en *OP. cit.*, pp. 225-227.

Justicia Militar; asesorar al Consejo emitiendo opinión en todos los asuntos de justicia, administrativos y en los que el Consejo les solicite opinión; asistir a las audiencias públicas que párale juzgamiento celebren los Consejos, tomando parte en sus deliberaciones, proponiendo las cuestiones de hecho y redactando las sentencias que el consejo pronuncie; y ejercer las demás atribuciones que le confiere el Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Militar.

h. El Ministerio Público⁶³

El Ministerio Público es la institución que de oficio a petición de parte participa de la acción de la Justicia Militar, con la finalidad de que exista una oportuna sanción de los delitos militares, exige el cumplimiento a los fallos consentidos o ejecutoriados, y defiende la competencia jurisdiccional militar. El Ministerio Público es parte en el proceso penal.

En los tribunales militares, el Ministerio Público es ejercido por el Fiscal General en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y en cada uno de los Consejos por un Fiscal con las mismas prerrogativas de sus demás miembros.

Este Ministerio Público que pertenece a la justicia miliar, no forma parte del Ministerio Público para la justicia común. Eso sí,

⁶³ Consultar los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 80 de la referida Ley, en *Op. cit.*, pp. 227-230.

según lo que prescribe el artículo 159° de la actual Constitución del Estado le corresponde al Ministerio Público promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia en la defensa de los derechos y la legalidad.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052, en su artículo 64 prescribe: “Los Fiscales de la Justicia Militar no están comprendidos en las disposiciones de la presente Ley; pero deberán informar al Fiscal de la Nación cuando sean requeridos por él sobre el estado en que se encuentra un proceso o sobre la situación de un procesado en el Fuero Privativo Militar”. Este dispositivo tiene como objetivo reservar la legalidad en los procesos sean estos de naturaleza jurídica militar o de naturaleza civil.

i. El Ministerio de Defensa⁶⁴

El Ministerio de Defensa es una institución que está integrada por Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar que tienen a su cargo la defensa de los encausados, representándolos en el juicio. Todo enjuiciado ante los jueces y tribunales militares nombrará libremente a su defensor, quien será abogado u oficial. Al que rehusare o no pudiese hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio.

⁶⁴ Consultar el artículo 81 de la referida Ley, en *Op. cit.*, pl. 230.

3.2.3. La Justicia Militar en Tiempo de Guerra

La guerra es entendida como la lucha armada entre dos o más Estados que tratan de obtener del adversario, por la fuerza de las armas, aquello que no se pudo alcanzar por procedimientos pacíficos.⁶⁵

Jurídicamente la guerra constituye “una lucha armada entre Estados que tienen por objeto hacer prevalecer un punto de vista político utilizando medios reglamentados por el Derecho Internacional”.

La guerra convencional es aquella que opera entre Estados y, en este marco, la legislación le da un tratamiento específico cuando existen infracciones cometidas por los militares y, eventualmente, por los civiles.

La noción “tiempo de guerra”, como muy bien los ha delimitado el actual Código Penal Militar de España en su artículo 14, comprende “el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para la guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas.

⁶⁵ Julio Diena, *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Editorial Bosch, 1948, P. 492.

La Ley Orgánica de Justicia Militar prevé distintas situaciones en que una autoridad militar asume jurisdicción. Puede, entre otras cosas, procesar, investigar y arrestar a personas, en tanto juzgan los delitos y faltas esencialmente militares o cometidos por militares. En la Ley Orgánica de Justicia militar en la que se da todo un tratamiento orgánico de la justicia militar en tiempo de guerra.

El ordenamiento jurídico militar peruano, igualmente, contempla que en tiempo de guerra podrán funcionar los juzgados y tribunales de tiempo de paz, cuando sea posible y lo permitan las necesidades de guerra. Sin embargo, esta norma debe admitirse en forma excepcional y contingente. La regla es que, declarado el país en estado de guerra, se impone que los altos jefes militares asuman los poderes de guerra, propios de las razones de estado de necesidad y porque existe la imposibilidad fáctica de que los jueces realicen un debido proceso, aun en la propia justicia militar. El carácter sumarísimo del proceso se hace indispensable, y sin que esto justifique una actitud siniestra al amparo de un estado de guerra, existen los principios de razonabilidad constitucional que deben permanecer incólumes, pues lo fundamental es salvaguardar el Estado de Derecho.

La ley señala que la jurisdicción penal militar en tiempo de guerra está en manos de los órganos competenciales siguientes:

a) Los comandantes de los Teatros de Operaciones; b) Los Comandantes de Región, de División, Cuerpos, Buques y Fuerza Aérea con mando independiente; c) Los consejos de Revisión; d) los Consejos de Guerra Especiales; y e) Los Prebostes.

a) Comandante del Teatro de Operaciones⁶⁶

Ejerce la jefatura en campaña y en el mismo lugar donde se realizan las acciones bélicas. De acuerdo a la Ley Orgánica de Justicia Militar, el artículo 48, el comandante del Teatro de Operaciones Impartirá la justicia militar en el territorio de su mando. Significa que el radio de acción para aplicar la justicia castrense no debe exceder del territorio a su mando. Al respecto, algunos autores distinguen entre zona de guerra (espacio en que los beligerantes pueden preparar y desarrollar las hostilidades) y el teatro de operaciones (espacio donde efectivamente tienen lugar los enfrentamientos bélicos).

Aunque estas dos zonas generalmente coinciden, en algunos casos no puede ocurrir así; sin embargo, a raíz de la no muy lejana experiencia del Golfo Pérsico la guerra moderna es de carácter totalitario, en virtud del cual pocos espacios escapan a la beligerancia misma, pese a que existen ciertos límites convencionales en el teatro de operaciones. Con todo, la administración de justicia en tiempo de guerra le asiste al

⁶⁶ Ver Artículo 48-49 de la referida Ley, *Op. cit.*, p. 217.

Comandante en Jefe de cada Teatro de Operaciones. En tal virtud, tiene las atribuciones siguientes: Nombrar Consejos de Guerra Especiales y Jueces Instructores; nombrar al personal jurídico y al de empleados de tales Consejos y juzgados, cuando su personal no pudiera ejercer sus funciones; y, ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley.

Estas atribuciones que ostenta el Comandante del Teatro de Operaciones, sin embargo, las puede delegar, en caso necesario, total o parcialmente, a los Comandantes Generales de Región, los Jefes de Fuerzas de División o Buques bajo su mando.

- b) Comandante de Región, de División, Cuerpos, Buques y Fuerza Aérea con mando Independiente⁶⁷

Son jefes de Grandes Unidades del Ejército, Marina y Aviación que tienen a cargo Unidades Aéreas, Buques y Comandantes de Tropa o Buque con mando independiente y los Jefes de las plazas aisladas por sitio o bloqueo. Estos militares tienen en sus propios comandos o fuerzas de su mando las mismas atribuciones que el Comandante del Teatro de Operaciones.

⁶⁷ Ver Artículo 50 de la referida Ley, *Op. cit.*, pp. 218-219

c) Consejo de Revisión⁶⁸

En las zonas donde se ejecutan las acciones bélicas (teatro de operaciones) debe existir un Consejo de Revisión que servirá de instancia de apelación y consulta. El nombramiento de estos organismos jurisdiccionales procede del Comandante de dicho lugar. Este consejo está compuesto de cinco jefes más caracterizados; un Fiscal General y de un Auditor General Letrado. El Consejo Supremo de Justicia Militar es el que determina la oportunidad en la que procede hacer el nombramiento de dicho Consejo de Revisión debe nombrar a un Oficial de grado igual al de cualquiera de los miembros de dicho Consejo. A falta de Auditor General, la ley prevé que se puede actuar sin él.

El Consejo de Revisión tiene las mismas atribuciones que el Consejo Supremo de justicia Militar.

d) Los Consejos de Guerra Especiales⁶⁹

Están conformados por los tres oficiales más antiguos en los grados que les corresponda, a fin de que ejerzan igualmente la judicatura castrense, en tiempos de guerra, en el mismo teatro de operaciones. Son competentes para juzgar hasta el grado de Coronel o Capitán de Navío.

⁶⁸ Ver artículos 51-52 de la referida Ley, Op. cit., pp. 218-219

⁶⁹ Ver Artículos 54, 55, 56 y 57 de la referid Ley, *OP. cit.*, pp. 219-220

Los Consejos de Guerra tienen la siguiente composición:
Para juzgar Coroneles, se constituye por un Oficial General y dos Coroneles, para juzgar Tenientes Coroneles y Mayores, se constituye por un General o Coronel y dos Oficiales de grado superior o igual al del enjuiciado; para juzgar oficiales subalternos, se constituye mediante un oficial superior y dos oficiales de grado superior o igual del enjuiciado; y para juzgar a la tropa y civiles, se constituye mediante un Teniente Coronel o Mayor y dos Oficiales Subalternos..

El cargo de presidente de estos organismos de jurisdicción especial recae en el Oficial de mayor grado y, si todos fueran del mismo, lo ejerce el más antiguo.

e) Los Prebostes⁷⁰

Juzgan las faltas que cometen en las zonas de operaciones el personal civil que integran las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tienen competencia sobre todas las personas que se encuentran o sean aprehendidas en la zona de operaciones y puede exceder de la renta que percibe el infractor por igual término. Las sanciones de los prebostes pueden ser objeto de recurso de apelación ante el Jefe más caracterizado del lugar. Los prebostes tienen competencia respecto a los militares que

⁷⁰ Ver artículos 58, 59, 60 y 61 de la referida Ley, *Op. cit.*, pp. 220-221

cometan faltas o infrinjan las disposiciones de reglamentos o bandos; no obstante, con el parte respectivo, se someten a disposición del jefe de quien dependa el infractor.

En “tiempo de guerra” la competencia del fuero militar se amplía en el sentido de que sin dejar de conocer, investigar y sancionar los delitos que normalmente conoce la justicia militar en “tiempo de paz”, legalmente asumen del conocimiento otros organismos jurisdiccionales.

Es más, como ocurre en otros sistemas jurídicos comparados, pueden conocer un elenco adicional de materias. Es verdad que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Justicia Militar prevé que “en tiempo de guerra funcionarán los juzgados y Tribunales de tiempo de paz, cuando sea posible y lo permitan las necesidades de la guerra; pero, la incriminación de determinado delito o faltas militares ya no sólo serían los que eventualmente estén tipificados en el Código de Justicia Militar, sino en otras disposiciones complementarias que producto del “estado de guerra” deben surgir.

3.2.4. La Justicia Militar en Regímenes de Excepción

Existen situaciones de crisis que pueden afectar la propia continuidad del Estado de Derecho. Estas situaciones, a las que suele denominarse Regímenes de Excepción, cuenta con

expreso tratamiento en las normas internacionales sobre derechos humanos así como en nuestra actual Constitución.

El artículo 137 de la Constitución de 1993 señala que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar el estado de emergencia o el estado de sitio.

Estado de emergencia, puede decretarse en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación. En estos casos puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad física (artículo 2, inciso 24, f), la libertad de tránsito (artículo 2, inciso 111), la libertad de reunión (artículo 2, inciso 12) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 2, inciso 9).

El estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos constitucionales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo no excede de cuarenta y cinco días.⁷¹

En nuestro país, la declaración de un régimen de excepción no significa la alteración de competencias de los

⁷¹ Ver Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y Estados de Excepción*. Lima: Sesator 1990; también consultar Víctor García Toma, "El régimen de excepción y los derechos humanos", en Abogados, Lima, 2001, Año III, N° 6, pp. 96-99.

tribunales ordinarios ni permite automáticamente el juzgamiento por tribunales militares. En todo caso, si se trata de la declaración de un estado de sitio, por ejemplo debido a un estado de guerra, las pautas a aplicar serían las que correspondan a éstas.

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquella que no tengan vinculación con el servicio.

Las contiendas de competencia serán resueltas en un plazo máximo de treinta días”⁷²

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha pronunciado una Sentencia en el expediente Nro.0023-2003.AI/TC., del 09 de Junio del 2004, en la cual declara fundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley

⁷² En Marcial Rubio Correa, “Fuerzas Armada y Constituciones en el Perú 1979-1988”, en *La Constitución Diez Años después*. Lima: Constitución y Sociedad, 1989, p. 252.

Una exposición interesante acerca de la posibilidad de abuso de autoridad en los regímenes de excepción en Carlos Cerquen Jiménez “Abuso de Autoridad”; en *Revista del Ejército del Perú*, Lima, 1995, Año I, N° 2, pp. 34-39.

Orgánica de Justicia Militar, Código de Justicia Militar y Ley del Ministerio de Defensa, exhortando al Poder Legislativo para que en un plazo de un año, modifique dicte la legislación correspondiente, lo que implica que a futuro tendremos nuevas disposiciones que harán variar la organización de los Tribunales Militares, por lo que la organización señalada en el presente trabajo resulta referencial y apegado a las normas vigentes.

CAPITULO CUARTO

EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCION MILITAR

- 4.1. Derecho a la defensa
- 4.2. Derecho a la asistencia de letrado
- 4.3. Derecho a ser informado de la acusación
- 4.4. Derecho a un proceso público
- 4.5. Derecho a un proceso con todas las garantías
- 4.6. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes
- 4.7. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable
- 4.8. Derecho a la presunción de inocencia
- 4.9. El tribunal constitucional y el debido proceso en la jurisdicción militar

4.1. DERECHO A LA DEFENSA

a) Alcance

Como refiere Joan Pico I JUNOY, la vigencia del derecho a la defensa, regulado en el artículo 139° inciso 14 de la Carta, asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse⁷³.

Claro que se justifica la resolución *inaudita parte* en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita de la parte o por negligencia imputable a la misma, esto es, no se infringe el derecho de defensa cuando se ofrece a los litigantes la posibilidad real de ser oídos, con independencia de que éstos hagan uso o no de esta posibilidad.

En sentido estricto, refiere CORDÓN MORENO, el principio de audiencia se agota con esta exigencia de dar conocimiento a la otra parte de la pendencia del proceso y de cada una de sus fases y actuaciones, para que pueda hacerse oír

⁷³ I JUNOY, Joan Picó, *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 102.

en ellas, y se garantice básicamente con los actos de comunicación procesal⁷⁴.

En orden a conseguir que la defensa procesal pueda tener lugar, adquiere una especial relevancia el deber constitucional de los órganos judiciales de permitir a las partes su defensa procesal mediante la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley. De igual modo, debemos destacar que en ocasiones, y al objeto de proteger el derecho a la efectividad de la tutela judicial, la audiencia o contradicción tiene lugar después de realizada una determinada actuación procesal. Así sucede, por ejemplo, en la adopción de ciertas medidas cautelares (embargo preventivo, etc.), en las que la audiencia previa del afectado podría perjudicar la efectividad de la medida cautelar y, siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llevar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁵.

El derecho a la defensa comprende no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio (en los casos previstos por la ley), sino también a defenderse personalmente, esto es, el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo forma parte del derecho más genérico.

⁷⁴ CORDÓN MORENO, Faustino, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 137.

⁷⁵ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 103.

b) Derecho al intérprete

El derecho al intérprete está dirigido a garantizar la adecuada defensa, pues sólo quien conoce los motivos por los que se le demanda está en condiciones de articular su estrategia defensiva con las garantías debidas.

La vigencia de este derecho alcanza no sólo a los extranjeros sino también a los peruanos que no conozcan suficientemente el castellano o hablen otros idiomas. Al respecto, no cabe objetar que el castellano es la lengua oficial del Estado y que todos tenemos el deber de conocerla, pero siendo nuestro país de una diversidad intercultural e idiomática tan rica, de hecho la ignorancia o el conocimiento insuficiente afecta al ejercicio del derecho fundamental a la defensa.

4.2. DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO

a) Alcance

El derecho a la asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales, y además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran. Este derecho consagrado en el artículo 139° inciso 14 de la Carta, comporta que el interesado pueda encomendar su

representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa. La vigencia de este derecho exige que, en determinadas ocasiones, deba ser proporcionado por los poderes públicos.

El carácter no preceptivo de la intervención del abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica. En los procesos en los que no es obligada la intervención letrada, si alguna parte desea la defensa de un abogado, el juzgador no puede obstaculizar su voluntad. La pervivencia del derecho a la asistencia letrada, incluso en aquellos procedimientos en los que no resulta preceptiva, impone a los órganos judiciales la obligación de favorecer el efectivo ejercicio de ese derecho, una vez manifestada la voluntad inequívoca de cualquiera de las partes de ser asistida por un Abogado de su elección, así como la de abstenerse de interponer obstáculos impeditivos a dicho ejercicio, sin otras limitaciones que aquellas que puedan derivarse del derecho de la otra parte a un proceso sin dilaciones indebidas⁷⁶.

Como bien apunta CORDÓN MORENO, “su carácter de derecho fundamental impide considerarlo como un mero requisito formal, ya que su incumplimiento impide la continuación

⁷⁶ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 104.

del proceso e incluso el ejercicio de otros derechos fundamentales (acceso a los recursos, por ejemplo)⁷⁷.

En el ejercicio de este derecho no puede restringirse la libertad de expresión del letrado, salvo cuando se incurre en el insulto o la descalificación o se infringen las obligaciones procesales de actuación en el proceso.

b) Finalidad

El derecho a la asistencia letrada persigue un doble fin:

Garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la parte contraria; y

Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan conducir a algunas de ellas a un resultado de indefensión.

c) Nombramiento de Abogado de oficio

El derecho a disfrutar de Abogado del turno de oficio únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en los demás casos un derecho sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales.

⁷⁷ CORDÓN MORENO, Faustino, ob. Cit. P. 151.

En ese sentido, la privación de la posibilidad efectiva de la dirección letrada a quien carece de medios económicos produce una situación de indefensión, constitucionalmente prohibida. En consecuencia, la pasividad del órgano judicial en cuanto a la designación de letrado de oficio ante la solicitud de la parte interesada, puede constituir una violación del derecho fundamental a la asistencia del letrado.

La realización efectiva del derecho a la asistencia letrada no se satisface sólo con el nombramiento de un abogado de oficio, sino que además debe proporcionarse asistencia letrada real y efectiva.

En materia de asistencia letrada existe una diferencia de planteamiento con los supuestos en que el Letrado ha sido nombrado de oficio, pues en aquellos en que la asistencia de abogado es de libre designación, se parte de una previa relación de confianza con el profesional del Derecho para que asuma con todas sus consecuencias la defensa de sus intereses ante los Tribunales. Relación de confianza inexistente en los supuestos de designación de oficio, por lo que el juzgador debe, sin entrar a supervisar la actuación de los profesionales del Derecho, velar por la existencia de una real y efectiva asistencia letrada que no genere indefensión⁷⁸.

⁷⁸ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 107.

4.3. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN

a) Alcance

Estamos en presencia de un derecho fundamental cuyo ámbito de aplicación se extiende únicamente en el proceso penal, y consiste en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan penalmente, para poder así defenderse de forma contradictoria. En consecuencia, siempre la pretensión punitiva debe exteriorizarse, sin que sea posible admitir una acusación tácita o implícita.

Este derecho es reconocido en el artículo 139° inciso 14 de la Carta, sin señalar las formas y solemnidades con que la información ha de llevarse a cabo, debiendo por consiguiente realizarse ésta de acuerdo con el tipo de proceso y su regulación específica, pero respetando en todo caso el contenido esencial del derecho.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español indica que el contenido esencial de este derecho se refiere al conocimiento de los “hechos considerados punibles que se imputan al acusado”. Respecto de la calificación jurídica de tales hechos es posible, limitadamente, su cambio. Para ello, el

Tribunal Constitucional español, exige la homogeneidad de los delitos objeto de acusación y objeto de la condena, por lo que no se infringe este derecho cuando el demandado ha tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos fácticos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia, siendo inocuo la modificación de calificación si existe dicha homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuando haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia⁷⁹.

La citada puesta en conocimiento de una determinada imputación a una persona debe efectuarse lo antes posible al objeto de proteger su derecho a la defensa. Así, cabe destacar la constante doctrina del T.C. en orden a que el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, debe comunicárselo al imputado, con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa y una efectiva y equilibrada contradicción, pues debe siempre garantizarse el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en consideración al imputado.

⁷⁹ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 110.

b) El principio acusatorio

Sin lugar a dudas, el principio acusatorio viene convirtiéndose en el principio fundamental de nuestro método de enjuiciamiento penal, que rige en el proceso penal, y que debe respetarse en las dos instancias judiciales.

Este principio implica en esencia, la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas –acusador y acusado- que ha de resolver un órgano imparcial, con neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: acusación propuesta y defendida por persona distinta del Juez, defensa con derecho y facultades iguales a las del acusador, y decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúe como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

La finalidad última del principio acusatorio no es otra que la de proteger la debida imparcialidad del juzgador. Por ello, el principio acusatorio exige⁸⁰:

Separación de funciones entre el juez instructor y el juez decisor. El juez encargado de investigar los hechos criminales, que con anterioridad ha formulado un «juicio de acusación»,

⁸⁰ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 112.

difícilmente está en condiciones de enjuiciarlos con la debida imparcialidad que el principio acusatorio pretende salvaguardar; Imposibilidad de celebrar el juicio oral sin que exista acusación. Esta fase del proceso penal, verdadero núcleo del mismo, no puede tener lugar sin una parte, pública o privada, que formule una acusación. Las funciones de acusar y juzgar deben estar encomendadas a dos órganos o sujetos procesales distintos. El vocablo *nemo iudex sine actore* expresa en toda su extensión este rasgo del principio acusatorio;

Correlación entre acusación y sentencia. Los términos en que ha sido formulada la acusación determinan el objeto del proceso penal, por lo que el juzgador no puede apartarse de los mismos. Esta correlación afecta a los dos elementos configuradores del objeto del proceso penal: el subjetivo, que hace referencia a la persona del acusado y supone la imposibilidad de condenarlo si previamente no ha tenido aquella condición; el objetivo, que se refiere al hecho punible y comporta la inmutabilidad del mismo desde que ha sido concretado en los escritos de calificación. En consecuencia, el *nomen iuris* o calificación jurídica de los hechos configuradores de la acusación pueden modificarse, incluso *ex officio*, en el acto del juicio oral siempre que exista una homogeneidad entre el delito objeto de la condena y aquél objeto de la acusación, esto es, cuando sean de la misma naturaleza o especie, aunque supongan una modalidad distinta dentro de la

misma tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada; y

Prohibición de la *reformatio in peius*. La situación del recurrente, fijada en la sentencia recurrida, no puede verse agravada por la Resolución del Juez *ad quem*, a excepción de que las dos partes hayan presentado recurso, pues de lo contrario el juzgador está, implícitamente, asumiendo una función acusadora que, como ya sabemos, no le es permitida debido a la vigencia del principio acusatorio.

De esta forma, el principio acusatorio es exigible en todas las instancias judiciales. No sólo debe garantizarse durante el desarrollo de la primera instancia sino también en la fase de recurso, y por ello en apelación y casación. En consecuencia, la formulación de acusación en segunda instancia no puede subsanar la ausencia de la misma en la primera, pues ello supondría una violación del derecho a la doble instancia en materia penal.

4.4. DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO

a) Alcance

El principio de publicidad, se encuentra establecido en el Art. 139 inciso 4 de la Carta, según el cual la publicidad en los procesos es un principio y derecho de la función jurisdiccional, salvo disposición contraria de la ley. También se haya recogido en

el Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Art. 14 del Pacto Internacional de Nueva York y en el Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legalidad constitucional de la Administración de justicia⁸¹.

La vigencia de este derecho implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de las personas presentes en los mismos, pudiendo tener así una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo⁸².

Finalmente, debemos destacar que las declaraciones judiciales efectuadas por personas (litigantes, testigos, etc.) sin posibilidad de ser vistos por una de las partes no comprometen la existencia de este derecho.

b) Finalidad

El principio de publicidad tiene una doble finalidad⁸³:

⁸¹ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 116.

⁸² I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 116.

⁸³ CORDÓN MORENO, Faustino, ob. Cit. P. 166.

a) Proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y

b) Mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de los pilares del Estado de Derecho.

c) Ámbito de aplicación en el proceso penal: el secreto sumarial

En el proceso penal se distingue una fase preparatoria de instrucción (sumario) y una posterior fase plenaria (juicio oral). El principio de publicidad, como garantía del justiciable, sólo es de aplicación a la fase plenaria, es decir, al juicio oral en el que se producen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad⁸⁴.

El derecho de las partes a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el

⁸⁴ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 117.

secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las diligencias sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público.

4.5. DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

a) Alcance

En líneas generales, la garantía del debido proceso y de la tutela jurisdiccional, se encuentra consagrado en el Art. 139° inc. 3 de la carta. El debido proceso son las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigada o procesada, como el derecho de defensa, pluralidad de instancia, presunción de inocencia, etc.; mientras que la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de la persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea imparcial y oportuna a sus demandas o pretensiones.

Dentro de estos postulados el Juez natural es una condición de lo predecible de la justicia imparcial.

a) Derecho a la igualdad de armas procesales

El derecho a la igualdad de partes exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que

ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

En concreto, respecto de la aportación de los hechos al proceso, el derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.

Asimismo, destacar que la igualdad de las partes debe desarrollarse dentro del marco de un proceso con contradicción. Así, el Tribunal Constitucional español señala que “el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías”.

b) Derecho a la imparcialidad judicial

Reconocimiento implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías

El Tribunal Constitucional español, acogiendo la doctrina que sobre el juez imparcial ha fijado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiende que la imparcialidad tiene como

fin último proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías⁸⁵.

El Tribunal Constitucional peruano, refiere que mientras que la garantía de la independencia, en términos generales, protege al Juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del Juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo⁸⁶.

Al respecto, debemos indicar que si bien en los Tribunales sostienen que la falta de imparcialidad del juzgador debe encuadrarse dentro del derecho al Juez predeterminado por la ley, la más reciente posición, reformulando esta doctrina jurisprudencial, coloca el derecho al Juez imparcial dentro del más genérico derecho a un proceso con todas las garantías.

- Imparcialidad subjetiva-imparcialidad objetiva

Se distingue dos modos de apreciar la imparcialidad judicial, o dos vertientes de la misma: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y las partes; y otra objetiva, que incide sobre las

⁸⁵ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 133-134.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, Asunto, Defensoría del Pueblo, fundamento 34.

garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso.

- Derecho al Juez natural

El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, según el cual "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)".

Esta disposición, señala el Tribunal Constitucional peruano⁸⁷, "exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa. Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*".

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano considera que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *idem*.

mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139° de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción⁸⁸.

- La recusación como medio de protección de la imparcialidad judicial

La recusación se configura como el único remedio arbitrario por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad.

La imparcialidad presupone el deber de abstenerse de jueces y magistrados cuando concurra alguna causa legal, y el correlativo derecho de las partes a recursarlos.

Este derecho debe ejercerse tan pronto se tenga conocimiento de la causa que fundamente la falta de imparcialidad judicial. En caso contrario, esto es, el no ejercicio del citado derecho en tal momento procesal supone la preclusión o imposibilidad de poder ejercitarlo con posterioridad.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, idem.

Para poder ejercer este derecho resulta imprescindible conocer la composición del tribunal sentenciador. Por ello, tan sólo una vez conocida la composición de la Sección o Sala sentenciadora se está en condiciones de formular la correspondiente recusación. En caso de existir un cambio de composición del Tribunal, surge el deber de poner en conocimiento de las partes la nueva composición del Tribunal, pues ello hace posible, entre otras cosas, que aquéllas puedan ejercer su derecho a recusar en tiempo y forma⁸⁹.

4.6. DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES

a) Concepto y alcance

El derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas. Por ello, la no práctica de un medio probatorio inicialmente admitido es o puede ser una denegación tácita del derecho a la prueba.

Se trata de un derecho de configuración legal, esto es, el legislador interviene activamente en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por este derecho, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. El derecho a la prueba debe prevalecer

⁸⁹ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 135.

sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la Administración de Justicia⁹⁰.

De igual modo, el derecho a la prueba conlleva la necesidad de motivar o razonar la decisión judicial que inadmita un medio probatorio.

b) Ámbito de aplicación

El derecho a la prueba es ejercitable en todo tipo de procesos, independientemente del orden jurisdiccional en el que se ejercite. Las diligencias para mejor proveer no forman parte integrante del derecho a la prueba. Sin embargo, si el órgano jurisdiccional entiende que deben practicarse, las partes tienen derecho a intervenir contradictoriamente durante su realización.

c) Titularidad

El derecho a la prueba corresponde a ambas partes procesales, esto es, tanto a la actora o acusadora como a la demandada o acusada.

La relación entre el derecho de defensa y el derecho a la prueba ha servido para justificar las limitaciones probatorias contenidas en algunos procesos sumarios pues, en estos casos, el perjudicado tiene la posibilidad de ejercitar plenamente la

⁹⁰ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 143.

defensa de sus intereses legítimos en el proceso declarativo ordinario posterior. Así, mantiene que no se incurre en indefensión que la parte a la cual se limitan los medios probatorios pueda acudir al juicio declarativo plenario o pueda utilizar a favor de su pretensión otros instrumentos que el ordenamiento en su totalidad le brinde.

d) Límites

El derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado. Dada su naturaleza de derecho de configuración legal, su ejercicio debe acomodarse a las exigencias y condiciones impuestos por la normativa procesal.

4.7. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

Los derechos a no declarar y a no confesarse culpable se encuentra previsto en el Art. 8.2 literal g, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, se haya recogido en los Arts. 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como refiere I JUNOY, “estamos en presencia de dos derechos íntimamente conectados entre sí, y ambos son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de

defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación. Por ello, el órgano judicial debe siempre ilustrar al imputado, o a quien pueda adquirir tal condición, desde el primer acto procesal, sus derechos constitucionales aquí analizados”⁹¹.

Comprende los siguientes aspectos:

- No obligatoriedad en la declaración del presunto culpable;
Validez plena de las confesiones hechas de modo voluntario aunque sean contra sí mismo;
- No desvirtuación o invalidez de la declaración realizada en la etapa sumarial por el hecho de su rectificación en el acto del juicio oral;
- Insuficiencia para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, de la declaración contra sí mismo efectuada sin presencia de un órgano jurisdiccional;
- Distinción del derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable con actos que, en mayor o menor medida, entran en conflicto con el mismo, como el deber del ciudadano de someterse al «test de alcoholemia», el deber del contribuyente de aportar los documentos acreditativos de su situación económica, etc...

⁹¹ I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 143.

La declaración contra sí mismo en la que medie engaño debe no ser tomada en cuenta e invalidarse por privarla del carácter de voluntaria que le es esencial.

También, la declaración contra sí mismo prestada por medio de tortura, o bajo coacción o compulsión, es una prueba inadmisibles y radicalmente nula.

Sin embargo, la declaración contra sí mismo prestada en el sumario ante el Juez Instructor no se desvirtúa por el simple hecho de su rectificación en el acto del juicio oral ante el Tribunal sentenciador. Cuando el medio de investigación sumarial es reproducido en el acto del juicio oral, en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, permitiendo la contradicción, adquiere carácter probatorio, aunque su resultado sea distinto en ambos momentos procesales, pudiendo dicho Tribunal fundar su convicción en las declaraciones que crea más verosímiles.

No sucede lo mismo respecto de la declaración contra sí mismo reflejada en un atestado policial, considerada como insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que el atestado donde se recoge tal declaración tiene únicamente el valor de denuncia. Asimismo, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, no se vulnera cuando el ciudadano tiene que cumplir los siguientes deberes:

El deber de tolerar que se le someta a una especie de pericia técnica, como lo es el «test de alcoholemia». El deber de aportar o exhibir los documentos contables pertinentes acreditativos de su situación económica y financiera ante la Administración tributaria. Al igual que sucede en el caso anterior, aquí el contribuyente no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad.

Por último, el deber del titular de un vehículo, cuando sea debidamente requerido para ello, de identificar al conductor responsable de una ilicitud cometida con su vehículo, no puede considerarse atentatorio a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

4.8. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el Art. 2º numeral 24, literal “e”, señala que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este principio, además de su obvia proyección objetiva como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, opera su eficacia en un doble plano⁹²:

⁹² I JUNOY, Joan Picó, ob. Cit. P. 155.

Por una parte, incide en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anulados a hechos de tal naturaleza; y,

Por otro lado, despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.

En consecuencia, la presunción de inocencia que, como garantía propia del proceso penal, se resume en la idea básica de que toda persona acusada de una infracción sancionable es inocente mientras no se pruebe lo contrario, es aplicable, más allá del mismo, a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas, definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico.

4.9. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

A raíz de la promulgación de la legislación antiterrorista, en el decenio del noventa, donde lo más saltante era que tribunales militares se encargaban de conocer y juzgar a civiles que cometían delitos de terrorismo, y otros delitos considerados como delitos comunes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuestionó duramente estas leyes, por vulnerar el debido proceso.

Al respecto, en el año 2002, el Tribunal Constitucional Peruano derogó una serie de artículos de la legislación antiterrorista (Decreto Ley N.º 25659, Decreto Ley N.º 25880, Decreto Ley N.º 25708), al considerarlas como inconstitucionales⁹³. En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, señala que⁹⁴:

"El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No. 010-2002-AI/TC, Asunto, Marcelino Tineo Silva.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, idem.

principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano, compartiendo las ideas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacó que la autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al Juez Natural. Y que así como en el fuero común rige el debido proceso con todas las garantías que consagra la Carta Fundamental, dicho mandato también debe hacerse extensivo a todas las jurisdicciones especiales, incluida la jurisdicción militar.

Así en la STC de fecha 09-06-2004, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano, señala que: “el principio de unidad no obsta que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados especializados; siempre que dichos órganos intrajurisdiccionales aseguren al justiciable todas las garantías al debido proceso y a la tutela judicial efectiva”. Posteriormente, agrega que “si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces”. Seguidamente termina enfatizando que “de igual modo, la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso...”.

- Observaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Ley Orgánica de la Justicia Militar

En el año 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ponía serios reparos a la forma como se encuentra legislado el sistema de nombramiento de los jueces

militares en el Perú, cuestionando la independencia de estos en el procesamiento de civiles.

A través de la sentencia del 30 de mayo de 1999, recaída en el Caso Castillo Petruzzi, Párrafo 130, la Corte señaló que, "de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares".

Asimismo, la Corte enfatizó que "las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales".

- Acción de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar

Nuestra posición, conforme ha sido expuesta a lo largo de la presente investigación, sin duda, es por la vigencia de la jurisdicción militar, pero que la misma sea respetuosa de las garantías que informan el proceso de la jurisdicción ordinaria. No pretendemos que el fuero militar sea una jurisdicción ajena a los principios y garantías que rigen el fuero común, por el contrario, postulamos su equiparación en este aspecto.

De esta forma, la existencia de la jurisdicción militar se encuentra sujeta al principio de legalidad penal, al derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales exigibles para su efectividad. Como refiere CAZORLA PRIETO, los órganos de la jurisdicción militar han de ajustarse en todo momento en sus actuaciones a los principios, reglas y normas de la Constitución, otorgándose al encausado, las garantías procesales que el Art. 139° de la Constitución reconoce.

El Tribunal Constitucional Peruano, ante la acción de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo, se ha pronunciado declarando inconstitucional diversos artículos del Código de Justicia Militar, así como de la Ley Orgánica de Justicia Militar. En ese sentido, ha considerado que los artículos 6°, 22° y 31° de la Ley Orgánica de Justicia Militar, son inconstitucionales por existir incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En tal sentido, el Tribunal señala

que: “los tribunales militares sean conformados en su mayoría por oficiales en actividad, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales”⁹⁵.

Por las mismas razones, declara inconstitucionales los artículos 62°, 63° y 65° de la Ley Orgánica de Justicia Militar, por vulnerar el principio de independencia judicial. Así como los artículos 66° y 69° de la LOJM, que establecen que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial; Por conexión también declara inconstitucional los artículos 38° y 67° del mismo Código de Justicia Militar.

El Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo III del Título Preliminar de la LOJM, en el extremo que establece que la Justicia Militar “...en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa,

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, Asunto, Defensoría del Pueblo, fundamento 42.

sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”, lo cual es efecto inconstitucional porque establece un sistema de subordinación entre los órganos de la jurisdicción militar, cuando todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, encontrándose sometidos únicamente al derecho, mediante la Constitución y la ley⁹⁶. De esta forma, agrega el Tribunal, “la independencia del Juez no sólo se debe proteger en relación al Poder Ejecutivo sino, también, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el Juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores (independencia funcional)⁹⁷. Asimismo, por las razones antes expuestas, declara inconstitucional el artículo 15 de la LOJM, así como el artículo 12° de la misma LOJM, en cuanto a las facultades establecidas en los incisos a, b, c, d, e y f. De igual forma, declara inconstitucional el artículo 8° y el inciso 2 del artículo 14° de la LOJM, por establecer como atribución del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, la composición de la Sala; y los artículos 7° y 22° de la mencionada ley, por disponer que en la composición de un mismo tribunal militar puedan existir magistrados con diferente rango militar.

De otro lado, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional los artículos 23°, 31° y 32° de la LOJM, referidos a los nombramientos de los jueces militares por parte del Ejecutivo,

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *idem*, fundamento 50.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *idem*, fundamento 51.

al contravenir el principio de independencia de la función jurisdiccional. En efecto, el Tribunal considera que “no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a quienes integran los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional y a los Jueces Instructores Permanentes, e incluso cuando tiene competencia para disponer el número de jueces que debe existir de acuerdo a las necesidades del servicio. La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el ordenamiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad”⁹⁸.

Respecto al derecho de defensa de los efectivos militares y policiales, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 81° de la LOJM, por cuanto este dispositivo permite que un oficial de armas, sin formación jurídica, lleve a cabo las funciones de defensor de oficio. El tribunal enfatiza que “la defensa técnica o letrada consiste en la asistencia de un profesional del Derecho en el proceso, y tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de armas y la efectiva realización de contradictorio, por lo que su ejercicio no puede ser encomendado a efectivos militares que carecen de formación jurídica”⁹⁹.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, idem, fundamento 58.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, idem, fundamento 69.

Cabe señalar también que el Tribunal declara inconstitucional el Capítulo III del Decreto Ley No. 23201, relacionado con el organismo denominado Ministerio Público, así como todo extremo de esta ley, y del Código de Justicia Militar, en los casos que prevean la actuación de los fiscales de la jurisdicción militar, en vista de no estar integrada al organismo Ministerio Público prevista en el Art. 158° de la Constitución. Al respecto el Tribunal considera que “...las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano constitucional (Ministerio Público), no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción”¹⁰⁰. Por la misma razón, el Tribunal declara inconstitucional el segundo párrafo del artículo 374°, Art. 135°, Art. 378° y el Art. 387° del Código de Justicia Militar.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, idem, fundamento 74.

CAPÍTULO QUINTO

EL DELITO DE FUNCIÓN Y SU NECESARIA REFORMULACIÓN

- 5.1. El Delito de Función en su Contexto constitucional
- 5.2. La Seguridad Nacional como Doctrina y el Delito de Función
- 5.3. Los ciudadanos y el Delito de Función
 - 5.3.1. El caso de los militares en situación de retiro
 - 5.3.2. El caso de los civiles
- 5.4. El Delito de Función y su necesaria Reformulación
 - 5.4.1. La fórmula unitaria del delito de función a la luz de la jurisprudencia nacional
- 5.5. Aspectos sustanciales de la justicia militar que deben ser modificados

5.1. EL DELITO DE FUNCIÓN EN SU CONTEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 no brinda una definición del “delito de función”, tan solo señala en su artículo 173 que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en casos de delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. Quien infringen las normas de Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.¹⁰¹

El antecedente del citado artículo se encuentra en la Constitución de 1979, concretamente, en la propuesta presentada por la Comisión de Fuerza Pública y Defensa Nacional de la Asamblea Constituyente de 1978-79, según la cual: “Los miembros de la Fuerza Pública, en los casos de delitos referidos a su función están sometidos al Fuero Penal Militar y al Código de Justicia Militar”¹⁰². Dicha redacción vinculaba los delitos castrenses a las funciones que la Constitución objetivamente asignaba a las Fuerzas Armadas, y al parecer, ése mismo fue el sentido de la expresión “delito de función”. Al momento de la redacción final de la Constitución de 1979.

Al respecto, por ejemplo, Enrique Bernaldes Ballesteros ha planteado que una denominación más exacta sería la de “delito militar”.

¹⁰¹ En Enrique Bernaldes (en colaboración con Alberto Otárola), *Op. cit.*, p. 743.

¹⁰² Citado por Defensoría del Pueblo, *OP. cit.*, p. 43

Una opción¹⁰³ de esta naturaleza, señala este autor, podría ser desarrollada por la ley sobre la base del concepto jurídico del delito de función al que se refiere la Constitución, más el artículo 75 de la Ley Orgánica de Justicia Militar se refiere expresamente a los delitos militares como marco de referencia de la actuación de la justicia militar, y por su parte el artículo 2 del Código de Justicia Militar alude a la referida categoría.

Además, es importante tomar en cuenta la definición efectuada por el artículo 14 del Código Procesal Penal de 1991, que opta por una concepción de delito de función sobre bases reales y no personales, en la medida que se trata de delitos especiales propios que afectan un bien jurídico público vinculado a la institución castrense. Según el indicado texto. “La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”.¹⁰⁴

¹⁰³ Tal es el criterio de Enrique Bernal Ballesteros, en *Op. cit.*, p. 743.

Al respecto debe tomarse en cuenta la propuesta que ha presentado el Ministerio de Defensa, *Proyecto de Código de Justicia Militar. Op. cit.*, 68 pp.

¹⁰⁴ Artículo 14 del *Código Procesal Penal de 1991*, aprobado por Decreto Legislativo 638. Trujillo: Normas Legales, 1994, p. 157.

5.2. LA SEGURIDAD NACIONAL COMO DOCTRINA Y EL DELITO DE FUNCIÓN¹⁰⁵

Felipe Villavicencio Terreros¹⁰⁶ señala que la Seguridad Nacional como doctrina fue introducida en los años sesenta por parte de los militares norteamericanos y brasileños que consideraban a la convulsionada realidad política y social de Latinoamericana como una variable de la denominada “guerra permanente”, la cual se hallaba inspirada a partir de la polarización mundial entre Oriente y Occidente.

En su artículo 163° la actual Constitución de 1993 contempla el concepto de “Defensa Nacional”¹⁰⁷ donde se vincula y comprende a su vez el concepto de “Seguridad Nacional”.

Así, se hace difícil distinguir a aquellos que alteran el orden interno y aquellos que ponen en peligro la integridad del Estado ante una guerra exterior. Realmente, esto es muy problemático.

La distinción entre los connacionales y el enemigo pierde nitidez como consecuencia lógica de la doctrina de la “Seguridad Nacional”, cada vez que ahora el enemigo del Estado puede ser tanto externo como interno. El Concepto de “orden del sistema” resulta único e indivisible dado que todo aquel que esté contra él o en desacuerdo con él es un enemigo.

¹⁰⁵ Al respecto, ver el artículo I del Decreto Legislativo N° 743; en Diario El Peruano, 8 de noviembre de 1991. Separata Especial.

¹⁰⁶ Felipe Villavicencio Terreros, *Introducción a la Criminología*. Lima: Grijley, 1997, pp. 187-189.

¹⁰⁷ Un concepto de “defensa nacional” en Alfredo Quispe Correa, en *Constitución y Defensa Nacional*. Lima: Ediciones Luis Alfredo, 1994, pp. 103-106.

Enemigo es todo aquel que no está con ese orden o con el status quo; es más, se tiende a un nuevo concepto de nacionalidad: sólo son nacionales los que están de acuerdo con el orden.

Ya en la década del cincuenta, estas ideas doctrinales sobre la Defensa Nacional habían sido planteadas en nuestro país por el Centro de Altos Estudios Militares CAEM. Esta institución sostiene que el fin supremo del Estado es el bien común, al cual deben añadirse la *seguridad integral* y el bien como dos finalidades relacionadas entre sí.

La idea es que mientras el bienestar pertenece al ámbito de la política y de la economía, la seguridad integral es entendida como aquella situación en la que el Estado garantiza su existencia, la integridad de su patrimonio y como la facultad de actuar con plena autonomía y libertad tanto en el campo externo como interno.

En el caso peruano, el concepto de seguridad nacional implica que tanto la Policía Nacional como las Fuerzas Armadas participen en la seguridad o el orden interno.

En la actualidad en Latinoamérica la Doctrina de la Seguridad Nacional está siendo reemplazada por la Doctrina de la Seguridad Ciudadana.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Al respecto, ver Juan Faroppa Fontana, “Administración de Justicia y Seguridad Ciudadana”; *en Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999, 387-402. También ver Carlos Ayala Corao, “Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana: instrumentos y organismos internacionales”; *Op. cit.*, pp. 405-424.

La Seguridad Ciudadana hace referencia a la criminalidad a que estamos todos expuestos y que provoca un miedo que “se percibe como una preocupación por el fenómeno de la delincuencia en tanto que constituye un peligro social”. Dicho miedo puede ser tanto objetivo como subjetivo: objetivo debido a la posibilidad de ser víctimas de delitos; y subjetivo debido a la percepción que tenemos de ser víctima de la delincuencia.

El profesor Ricardo Brousset Salas es crítico de la idea de que la Justicia Militar conozca casos de delincuencia común, y sostiene que debe respetarse el debido proceso. Además ha tenido cuidado de hacer una breve historia de lo que han sido estos “encargos” al Fuero Militar: “... nos basta remitirnos sólo a tres de las varias situaciones en que se produjeron durante el presente siglo: 1) Durante las primeras décadas del presente siglo se sometió a la Justicia Militar a las entonces denominadas “Bandas de Negros cimarrones” que salteaban a quienes transitaban por la entonces desolada vía Lima-Callao (hoy la Av. Colonial); 2) Durante el Régimen Militar que gobernó el país entre los años 1968-1979, se sometió a la “Justicia Militar” a los civiles imputados de victimar a miembros de las entonces fuerzas policiales, dándose durante este período el tristemente célebre caso Uscuvilca - Machare en el cual ante la duda respecto a cuál de los dos procesados victimó a un efectivo policial dentro de una balacera generada en su captura, se condenó a ambos procesados a la Pena de Muerte por el Fuero Militar (aplicándose el *indubio pro societate*, en contravención del mandato

constitucional) siendo ejecutados; y, 3) Durante el presente régimen, a partir de 1992 se viene sometiendo a la Justicia Militar a los civiles Imputados del delito de Traición a la Patria (entendida como figura agravada de terrorismo en tiempo de paz)”.¹⁰⁹

Al respecto, esta investigación es firme cuando plantea que juzgar a delincuentes comunes por el Fuero Militar, bajo el amparo de la doctrina de la Seguridad Nacional (y Seguridad Ciudadana como parte de ésta), es un craso error que atenta contra la naturaleza de la Justicia Militar, el debido proceso y contra el sistema jurídico nacional.

5.3. LOS CIUDADANOS Y EL DELITO DE FUNCIÓN

5.3.1. El Caso de los Militares en Situación de Retiro

El artículo 70 del Decreto Legislativo 752, la Ley de Situación Militar, establece que “al pasar un militar al retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución política del Perú sin limitación alguna”.

El artículo 53 de dicho Decreto señala que “retiro es la situación del oficial que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad, apartado definitivamente del servicio”.

De ello, se desprende que los miembros de la Policía Nacional y Fuerza Armada en situación de retiro no se encuentran

¹⁰⁹ Ricardo Brousset Salas, “El debido proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar en el Perú”; en Revista de Derecho y Ciencia Política, vol. 56 N° 56 2) Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1998, p. 347.

afectos a las disposiciones del Código de Justicia Militar ni de la Ley Orgánica de Justicia Militar.

Por otro lado, el artículo 12 de la indicada Ley de Situación militar señala que: “Los oficiales en Situación de Actividad y/o Disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar y al de los Consejos de Investigación de cada Instituto”.¹¹⁰

No obstante, son conocidos los casos en que oficiales en situación de retiro fueron sometidos a proceso, bajo el supuesto de infracciones al Código de Justicia Militar. Así tenemos los casos de militares en situación de retiro como los Generales Rodolfo Robles Espinoza, Walter Ledesma Rebaza, Germán Parra Herrera, Alberto Arciniega, que fueron procesados bajo distintos cargos como ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, insulto al superior y ofensa a la institución, ultraje a los institutos armados e insulto al superior en agravio del Estado.

Respecto de este tema, la presente Tesis plantea que los militares en situación de retiro deben ser juzgados por la Justicia Militar en el único caso de infidencia cuando éste atente contra la seguridad del Estado basado este hecho en la información que los policías y militares obtienen como consecuencia de sus funciones cuando se encontraban aun en actividad.

¹¹⁰ En la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo 752.

5.3.2. El Caso de los Civiles

La Constitución de 1993 prohíbe a la Justicia Militar juzgar civiles, puesto que su ámbito competencial se circunscribe a los delitos de función y solo puede aplicar el Código de Justicia Militar. Sin embargo, a raíz del problema desatado por la violencia terrorista que asoló el país, la nueva Carta Fundamental, muy marcada por esta circunstancia, permitió el juzgamiento de civiles, aunque circunscribiéndolo a los delitos de terrorismo y traición a la patria, siempre que así lo decidiera el legislador ordinario por ley expresa.

De tal forma que, de acuerdo a las normas que promulgó el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional en 1992, los delitos de terrorismo denominados “traición a la patria” (pues afectan no a la seguridad exterior del Estado sino a bienes jurídicos vinculados al orden interno, a la seguridad y tranquilidad públicas), son de conocimiento del Fuero Militar bajo un procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones. Debemos, además, tomar en cuenta que el artículo 323 del Código de justicia Militar señala que la jurisdicción militar también es competente para conocer de las causas que se sigan contra civiles por el delito de traición a la patria, en caso de guerra exterior.

La Comisión interamericana de Derechos Humanos, ha sido crítica al respecto: en su informe anual de 1996 sostiene que “.. a los civiles juzgados en los tribunales militares se les niega el derecho a ser

oídos por un juez independiente e imparcial, derecho que les confiere el artículo 8.1 de la Convención. El cometido principal de las Fuerzas Armadas consiste en combatir a los terroristas, luchando en plano militar contra los grupos armados irregulares, y ésta es su principal función en la campaña contra la subversión.”¹¹¹ La mencionada Comisión considera que las fuerzas armadas exceden su función natural cuando juzgan a los civiles acusados de pertenecer a los grupos subversivos, porque esta función corresponde a la justicia penal ordinaria.

La idea de los opositores es que esta situación lleva consigo un debilitamiento de la vigencia de los elementos que conforman el debido proceso. Pero a ello se podría oponer la idea de que una justicia penal bien entendida podría ser asumida como una de las garantías de la preservación del Estado de Derecho.

Este acápite de la Tesis puede ser oportuno para señalar que de lo que se trata es de propiciar un acercamiento entre Fuerzas Armadas, Policiales, y sociedad civil.

Esta Tesis llega a la conclusión de que el Fuero Militar no debe conocer de éstos casos, y menos aplicar un proceso propio del denominado Teatro de Operaciones. Sin embargo, hoy es fácil ser crítico, pero una actitud responsable y objetiva nos lleva a determinar

¹¹¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, p. 19.

que en su momento la Justicia Militar se constituyó en argumento importante de la lucha contra el terrorismo.

Esto último no es jurídicamente correcto, pero ocurre que la realidad es siempre más rica y la mayor parte de las veces es determinante.

En la STC N.º 0010-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano estableció que los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173º de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con los derechos constitucionales de orden procesal.

5.4. EL DELITO DE FUNCIÓN Y SU NECESARIA REFORMULACIÓN

Lo anteriormente señalado nos lleva de manera inobjetable a tomar en cuenta la realidad. Precisamente, la Justicia Militar, en la práctica, ha estado tomando conocimiento de determinados delitos cometidos por el personal policial y militar pero que no están tipificados por el Código de Justicia Militar sino por el Código Penal Común. Para ello el operador jurídico-militar debía recurrir a cierta interpretación del Derecho Positivo Nacional como un todo orgánico; es decir, debía

recurrir al concepto doctrinal de “sistema jurídico”. Esta interpretación de la ley ha motivado –y no sin razón- mucho conflicto, en el que han tomado parte juristas e instituciones tanto nacionales como internacionales.

Es de precisar que, la reformulación del concepto de delito de función, pasa por dos aspectos que considero trascendentales: el primero, se encuentra relacionado con la discrecionalidad que realiza el Juez para establecer cuál es la competencia del infractor, para lo cual debe realizar una labor de interpretación, basado en el criterio de razonabilidad, y dado que la jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva. En segundo lugar, debe tomarse en cuenta que la fórmula tripartita para establecer la competencia de la jurisdicción militar: por razón del cargo, por razón del lugar y por razón de la persona, ha devenido en poco dúctil e inoperativa, pues no permite establecer con certeza el ámbito jurisdiccional aplicable al caso.

De esta forma, se ha tenido por conveniente introducir una nueva fórmula, donde la competencia de la jurisdicción castrense quede determinado al conocimiento de los delitos militares, **por razón del objeto**, es decir, cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar. Como señala el Tribunal Constitucional español en el recurso de amparo

No. 245/1981¹¹², “La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas”.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia¹¹³, también comparte lo resuelto por su similar de España, cuando afirma que: “El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común (...) Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional...”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”, caracterizando a

¹¹² Sentencia Tribunal Constitucional español, núm. 75/1982 (Pleno), de 13 diciembre de 1982.

¹¹³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-358/97.

éste, no (sólo) la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses¹¹⁴.

5.4.1. LA FÓRMULA UNITARIA DEL DELITO DE FUNCIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Con el fin de delimitar con claridad lo que se entiende por delito de función, la doctrina ha introducido nuevos criterios que han permitido redefinir el ámbito de competencia de la jurisdicción militar¹¹⁵. Del tradicional tríptico competencial: por razón de la materia, por razón del lugar y por razón de la persona, se ha pasado a un único criterio de atribución competencial: el del delito.

Aunque en realidad, el asunto es un poco más complejo. La Corte Constitucional de Colombia, ha señalado dos criterios para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar: a) que exista una clara vinculación de origen entre el delito y la actividad del servicio que realiza, y b) que éste vínculo sea próxima y directa, nunca abstracta¹¹⁶. En un sentido muy similar la legislación italiana indica que “la competencia de los tribunales militares viene definida por la convergencia de dos elementos: uno subjetivo, la pertenencia a las

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 0017-2003-AI/TC, fundamento 110.

¹¹⁵ Al respecto, confróntese por ejemplo, el artículo 3º.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de España. FERNANDEZ SESSAREGO, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española”, en: BIDART CAMPOS, German y otros (Coordinadores) Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Domingo García Belaunde), Grijley, Lima, 1997, p. 185-189. Asimismo, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-358/97.

¹¹⁶ C-358/97, de 05 de agosto de 1997.

Fuerzas Armadas, y otro objetivo, el carácter sustancialmente militar del delito¹¹⁷.

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que de ningún modo puede considerarse determinante la referencia a que el ilícito penal sea cometido por un militar o policía; del mismo modo, tampoco puede considerarse decisivo el hecho de que el sujeto pasivo afectado por la conducta ilícita del sujeto activo sea un militar, policía, o la propia institución. En consecuencia, acota el Tribunal citando a BIDART CAMPOS, “no basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las Fuerzas Armadas como tales”¹¹⁸.

Por su parte, el delito de función se define precisamente como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”¹¹⁹. Pero como se puede apreciar, esta es la definición que hemos estado criticando, y que ha conducido a una serie de confusiones.

Por ello, el Tribunal Constitucional Peruano ha sintetizado el delito de función en las siguientes características básicas¹²⁰:

¹¹⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Francisco, ob. Cit. P. 140.

¹¹⁸ EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, Asunto Defensoría Del Pueblo, fundamento 5.5.

¹¹⁹ EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, Asunto Defensoría Del Pueblo, fundamento 5.5.

¹²⁰ EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, Asunto Defensoría Del Pueblo, fundamento 5.5.

a). Se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan.

Es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que: 1) Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley. Esto indica que no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona. 2) Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional. 3) La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

b). El sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

c). Por último, que cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

5.5. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA JUSTICIA MILITAR QUE DEBEN SER MODIFICADOS

Los aspectos cuestionables de la justicia militar que deben ser modificados, son los siguientes:

1. Si bien es cierto que el criterio del Tribunal Constitucional cuestiona que los tribunales militares estén conformados en su mayoría por “oficiales en actividad” (artículos 6°, 12° y 31° del Decreto Ley N.° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar LOJM), hecho que supuestamente vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes. Se dice además que la imparcialidad del juzgador se ve cuestionado cuando el personal de las fuerzas armadas inmersas en el

combate contra los grupos insurgentes, son los propios encargados del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Empero también es verdad que no se toma en cuenta la naturaleza de la Función Jurisdiccional Castrense, es así que al respecto disiento con dicha posición en la medida que considero que no existe incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, dado que el militar o policía en actividad no sólo ejerce el cargo de magistrado con mucho profesionalismo y responsabilidad, en la medida que los cargos en su mayoría son ejercidos por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, conocedores del derecho y de la especialidad judicial en lo castrense; sino que además, por la propia especialización que reviste este fuero privativo, resulta necesario que se encuentre en situación de actividad, siendo viable se modifique el procedimiento adoptado para su designación con la intervención del Consejo Nacional de la Magistratura, por lo que se ensaya al respecto una sugerencia que esperamos sea acogida, conforme podrá verificarse en la parte final del presente trabajo.

2. Que los tribunales militares estén conformados por oficiales abogados y por oficiales de armas sin formación jurídica. Este hecho es de suma importancia, porque conforme veremos en las sentencias expedidas por el CSJM, que se analizan *infra*, en líneas generales, podemos afirmar que existe una deficiente calificación jurídica de los hechos delictivos, lo cual debe cambiar, considerándose en los cargos Jurisdiccionales únicamente al personal con formación jurídica, vale

decir del Cuerpo Jurídico Militar, contando con el Auditor como un asesor en materia operativa, el cual puede ser un policía o militar de armas.

3. Que, actúen como defensores, oficiales sin título de abogado (artículo 81° de la LOJM), y que eventualmente, un oficial de grado inferior de Coronel o Capitán de Navío no pueda excusarse de prestar el servicio de defensa ante un tribunal militar; en la medida que atenta contra el principio de la Defensa Cautiva.
4. Que se admita la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales acudan directamente ante la autoridad judicial respectiva (Art. 374° del CJM). Asimismo, por disponer el Código de Justicia Militar (Art. 375°), que si los fiscales de los juzgados no ejercen la acción penal de hechos puestos en su conocimiento por los Consejos o el Juez Instructor, éstos podrán abrir instrucción, decisión que deberá ser elevada en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar o al respectivo Consejo. De igual forma, por otorgar discrecionalidad a las autoridades judiciales correspondientes para promover la acción penal ante denuncias realizadas por la prensa.

Queremos subrayar que la justicia militar, de acuerdo a lo establecido en el Artículo III del Título Preliminar de la LOJM, en concordancia con lo consagrado en la Constitución Política del Estado (artículos 139° inciso 1 y 173°), es autónoma, independiente y especializada, debiendo sus actuaciones estar sometida al imperio de la ley, entendida esta en su sentido material, así como a la estricta observancia de los preceptos constitucionales y en especial

los que garantizan los derechos y garantías fundamentales, tales como, el debido proceso, la libertad, la doble instancia, reconocimiento de la dignidad humana, entre otros.

En tal sentido, expresamos nuestro desacuerdo con la posición de la Defensoría del Pueblo que afirma que la Justicia Militar no debe ser un órgano excluido y paralelo del Poder Judicial, y que por el contrario, debe ser una rama especializada al interior de éste, cuyos fallos sean susceptibles de ser recurridos para ser revisados ante la Corte Suprema¹²¹. La posición de la Defensoría del Pueblo implicaría una reforma de la Constitución, particularmente de los artículos 139° inciso 1 y del artículo 173°, que consagra la jurisdicción militar como independiente y contraviene criterios básicos de una sociedad en estado de derecho, que garantiza en todo momento la permanencia de sus instituciones, por lo que lo más lógico sería fortalecer la justicia militar, en función de una reforma legislativa que permita delimitar claramente su campo de acción y no disponer su desarticulación.

¹²¹ Defensoría del Pueblo, *Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú*, Informe 6-64, Lima, 2002, p. 110.

CAPÍTULO SEXTO

LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

6.1. La Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado (Modelos)

6.1.1. Modelo Británico

6.1.2. Modelo Italiano

6.1.3. Modelo Francés

6.1.4. Modelo Alemán

6.2. La Jurisdicción Militar y El Delito de Función En el Derecho Iberoamericano

6.2.1. España

6.2.2. Argentina

6.2.3. Colombia

6.2.4. México

6.2.5. Brasil

6.1. LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO COMPARADO

(Modelos)

En nuestra defensa de la Jurisdicción Militar, es sumamente importante que apreciemos los principales modelos que al respecto existen. Lo determinante en esta exposición breve de los modelos¹²² está en la existencia, forma de existencia o inexistencia, de la Jurisdicción Militar misma.

6.1.1. Modelo Británico

Lo más importante a resaltar de este modelo es la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente. De acuerdo con la *Mutiny Act* de 1869, la justicia militar en tiempos de paz reside en los consejos de Guerra, a los que se les atribuye competencia para conocer de los delitos de motín, sedición y desertión.

En este modelo, los Tribunales Militares no tienen existencia permanente, sino que son convocados por la autoridad a fin de llevar a cabo un enjuiciamiento determinado.

Como características principales del modelo británico podemos señalar las siguientes: la delimitación rigurosa de las competencias de las cortes marciales y de las personas que

¹²² Una exposición de los modelos o sistemas de jurisdicción militar en el Derecho Comparado, en Defensoría del Pueblo, *Op. cit.*, pp. 9-15.

pueden ser sometidas a éstas, tal competencia es aplicable tanto a los militares en actividad como a los reservistas mientras se encuentran en servicio activo. En lo que se refiere a los no militares, no están sujetos a la ley militar, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo casos excepcionales.

Las penas impuestas por un Consejo de Guerra no son válidas ni pueden ejecutarse mientras no sean confirmadas por la autoridad superior, que a su vez es la encargada de realizar la convocatoria. Es potestad de esta autoridad disponer que la Corte vuelva a revisar el caso o a su vez pedir que se modifique el fallo. Algo trascendental relieves es que la ausencia de aprobación por la autoridad implica la nulidad del procedimiento.

Al respecto, en el Informe de la Defensoría del Pueblo se señala que luego de “la Segunda Guerra Mundial no sólo se institucionalizó este recurso de apelación ante la Corona, sino que se instauró una jurisdicción de apelación superior para toda la Justicia Militar, mediante la Courts Martial Act. de 1951. Esta forma, con una reforma en 1968, establece un derecho legal de apelación del fallo de culpabilidad dictado por cualquier consejo de guerra, ante el mismo Tribunal de Apelaciones de lo Criminal de la Justicia Ordinaria, aunque con un nombre y composición especial; integrado exclusivamente por magistrados civiles”.

Del mismo modo que en Gran Bretaña, tampoco en los Estados Unidos de Norte América los tribunales militares tienen carácter permanente. Así lo ha establecido la tradición de su derecho militar positivo, desde que en 1775 fue promulgado su primer código militar.

El impacto inglés en Norteamérica es tal, que el anteriormente citado Informe Defensorial señala: “En cuanto a la competencia de la justicia militar, cabe mencionar que los miembros de la policía son juzgados por los tribunales civiles. En ningún caso los civiles, en tiempo de paz, pueden ser desviados de un juez natural ni sujetos a la jurisdicción castrense”.

6.1.2. Modelo Europeo Continental

El denominado modelo europeo continental, a decir de la doctrina, sería el contrapuesto al modelo británico. Ocurre que, el más interesante es el caso italiano. Así, la Constitución italiana sancionada en 1947, en su art. 103, prescribe lo siguiente:” Los Tribunales Militares... en tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”. A través de leyes de desarrollo constitucional, en la década del ochenta, se preceptuó el ámbito de aplicación, para tiempos de paz, de la justicia militar.

En tiempos de paz, los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares; a la vez que los tribunales militares no ejercen jurisdicción sobre el personal militar cuando el delito cometido por éstos es de naturaleza común.

Es de señalarse que la característica más importante de este modelo radica en el “principio de unidad jurisdiccional”; desde esta perspectiva, no es posible el establecimiento de jueces de excepción. Lo que existe es una jurisdicción especializada dentro del propio poder judicial, a fin de que conozca determinadas materias.

6.1.3. Modelo Francés

El modelo francés determina la existencia de la justicia militar sólo al tiempo de guerra. En 1982, Francia suprimió la jurisdicción castrense, quedando sus funciones como parte de la justicia ordinaria, con la salvedad de aquellos ejércitos en tiempo de guerra o que se encuentren fuera del país.

La legislación penal militar procesal (así como la alemana) no presupone la existencia de una jurisdicción castrense, por lo que los delitos militares que cometa dicho personal serán juzgados por la justicia ordinaria, según los procedimientos

comunes, de igual forma como ocurrirá con cualquier ciudadano francés.

6.1.4. Modelo Alemán

De forma análoga al modelo francés, en Alemania se establece que los casos disciplinarios y de quejas del personal militar deben ser conocidos por los tribunales federales. Pero, ocurre que, en el propio ámbito federal y bajo la supervisión del Ministerio de Justicia, pueden estatuirse Tribunales Penales Militares; éstos tendrán jurisdicción sobre personal militar que se encuentre fuera del país o en tiempo de guerra.

Tal como vemos, en este modelo la jurisdicción militar propiamente no existe. Incluso los delitos militares son juzgados por la justicia ordinaria o civil.

6.2. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN EN EL DERECHO IBEROAMERICANO

6.2.1. España

La Constitución española de 1978, al regular el Poder Judicial, dispone en su artículo 117.5 señala que “El principio de unidad de jurisdicción es la base de la organización y el

funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

Sostiene Fernández Segado que el artículo 123 de la Constitución española señala que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los niveles, salvo en materia de garantías constitucionales. La competencia de los Tribunales Militares para lo estrictamente castrense, permite superar el clásico tríptico competencial, en razón de la materia, del sujeto y del lugar, para circunscribirse al juzgamiento de los delitos militares. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que la expresión “ámbito estrictamente castrense” debe interpretarse en el sentido que la justicia militar sólo es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar.¹²³

Acerca del servicio militar, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 convertía en ineludible la reforma de la Ley de 27 de julio de 1978, La Ley Orgánica del 1 de julio de 1980, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar determinaba que el servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro

¹²³ Francisco Fernández Segado. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992, pp. 762-764.

servicio que se establezca, remitiéndose a la Ley los efectos de precisar la forma como en la defensa nacional ha de participar la mujer.

En 1983 se efectúa la revisión de las circunstancias y condiciones en que se realizaba el servicio militar con el fin de adaptarlo a la Constitución vigente, especialmente lo que se refería a la nueva mayoría de edad y a la objeción de conciencia como causal de exención. La reforma emprendida quedó finalmente reflejada en la Ley del 8 de junio de 1984.

Esta Ley, establecía cuatro modalidades diferenciadas a los efectos de la prestación del servicio militar: 1) El servicio militar obligatorio con una duración del servicio en filas de doce meses y en el que el Ejército y la demarcación territorial se determinaban por sorteo; 2) El servicio voluntario normal con una duración del servicio en filas de dieciséis y la posibilidad de elección de la unidad de destino; 3) El servicio voluntario especial en determinadas unidades (Guardia Real, Guardia Civil y unidades Paracaidistas) o en puestos de cierta especialización y con una duración que oscilaba entre los dieciocho meses y los tres años; 4) El servicio para la formación de cuadros de mandos y especialistas, tanto para las Escalas de Complemento como para la reserva Naval.

Por otro lado, se estableció una triple situación en el servicio: disponibilidad, actividad o servicio en filas y reserva.

Esta Ley cuenta con cinco capítulos relativos a disposiciones generales, reclutamiento para el servicio militar, prestación del servicio militar, derechos y deberes de los militares de reemplazo y reserva del servicio militar. Cuenta con un total de 58 artículos, a los que siguen 13 Disposiciones Adicionales, 8 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y 6 Disposiciones Finales. Podemos observar lo acorde de la sistemática de la ley respecto de las actividades que ha de desarrollar el joven que debe cumplir el servicio militar.

Es interesante como esta ley, en su artículo 4, proclama la dignidad e inviolabilidad de los derechos de la persona, valores que todo militar de reemplazo tiene obligación de respetar y derecho a exigir.

El Código Penal Militar y Ley Procesal Militar

La Ley Orgánica 13/1921 la Ley introduce una serie de modificaciones en el Código Penal Militar, reformas que exigían de la reforma del Código Penal común, a lo que procede la Disposición Adicional séptima de la propia Ley. Estas reformas pueden ser sistematizadas de la siguiente manera: 1) Introducción de un nuevo tipo

penal que contempla la desobediencia reiterada y permanente a las órdenes legítimas de los superiores; a efecto, el apartado primero de la Disposición Adicional octava introduce un nuevo párrafo en el artículo 102 del Código castrense, precepto que tipifica el delito de desobediencia; 2) Articulación más racional de los delitos de abandono de destino o residencia y deserción.

Originalmente, el Código separaba ambos tipos en atención al sujeto activo de los mismos, que era contemplado además de modo residual: sujeto activo del primero de esos tipos sólo podía ser un oficial general, oficial, suboficial o asimilado, mientras que el sujeto activo de la deserción era el militar no comprendido entre los anteriores, lo que apuntaba directamente al militar en reemplazo, si bien, como algún sector doctrinal ha advertido, también otros militares cuya permanencia en la Fuerzas Armadas es por completo ajena al cumplimiento del servicio militar podían resultar igualmente reos del delito de deserción.

Esta normatividad era rígida. De conformidad con ella, bastaba con la ausencia injustificada de la unidad o destino por un período de tres días para entender el delito de deserción.

La nueva normatividad prevé que el militar de reemplazo también pueda ser sujeto activo del delito de abandono de destino o residencia, tipificándose esta conducta en términos idénticos a igual tipo cuando el sujeto activo es un militar profesional, con la única salvedad del tiempo

que ha de transcurrir para la comisión del delito: más de tres días cuando el sujeto activo es un militar profesional, y más de quince cuando se trata de un militar de reemplazo.

Acerca del delito de deserción, puede ser sujeto activo de la deserción cualquier militar, esto es, profesional o de reemplazo, caracterizándose este delito por el ánimo que debe presidir la ausencia de la unidad o destino; es decir, sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares o de función.

La Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas armadas, 12/1985.

Las reformas que la Disposición Adicional décima introduce en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, acerca del Régimen Disciplinario, reformas con las que se trata de adaptar esta última norma a las nuevas denominaciones de los militares de carrera, de empleo y de reemplazo y a las correcciones incluidas en el Código Penal Militar.

6.2.2. Argentina

El Código de Justicia Militar, del 13 de enero de 1898, y su Reglamento de Disciplina del 28 de diciembre de 1905 tuvieron gran trascendencia en la república Argentina.

Este Código restringía la competencia de los delitos y faltas militares, que juzgan los Consejos y en tiempo de guerra, los jefes, gobernadores militares y comisarios de policía del ejército. La definición de los delitos y faltas militares indica bien a las claras que ni por las personas, ni por el lugar se determinará el fuero de guerra, reducido a las funciones militares y que sólo en los bandos en tiempo de guerra cobra vigencia.

El Código de 1898, en su artículo 503 y 504, señala que “Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que los comandantes en jefe dicten en tiempo de guerra”.

Pero la justicia militar ha seguido evolucionando en Argentina de manera tal que la jurisprudencia, ha venido a jugar un rol muy importante en la complementación del Derecho Penal Militar argentino.

Hoy, la Constitución vigente en su artículo 16 señala la igualdad ante la ley y ésta comprende la igualdad ante la jurisdicción, conforme a la cual todos los habitantes tienen derecho a ser juzgados por los miembros tribunales, sin que exista posibilidad de establecer jueces o comisiones especiales

para determinados individuos. Por ende, ningún militar, una vez abolidos los fueros personales, goza de privilegio para ser juzgados en causas civiles por tribunales militares.¹²⁴

El actual régimen de competencia de los tribunales militares según la exposición de motivos que dio origen a la actual ley 23.049, al incluir el juicio de delitos comunes cometidos en lugares militares o en ocasión de actos de servicio, configura un fuero personal probablemente opuesto al artículo 16 de la Constitución, debiendo la jurisdicción militar ceñirse al juzgamiento de delitos militares.

Quedó prohibido no sólo implantar tribunales especiales en desmedro del juez natural, sino sustraer a éste las causas que en su competencia le fueron atribuidas por una ley anterior. La exclusión de los jueces de la constitución en el juzgamiento y decisión final de causas criminales, no tiene justificativo jurídico una vez superado definitivamente un episodio subversivo.

En este caso, el proceso militar tiene ciertas características que afectan considerablemente la garantía de defensa en su alcance constitucional, toda vez que perjudica ostensiblemente el derecho de defensa al impedir que el acusador

¹²⁴ Germán Bidart Campos, *Los Tribunales Militares y la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 134.

asuma el rol de querellante, y al no permitir, por ende, que ejerza el control del debido proceso en el que se ventilan sus intereses. Se viola también las garantías constitucionales al acusado que designe como defensor a un letrado cualquiera de la matrícula, y por permitirse al juzgador apreciar libremente la prueba.

La Corte Suprema de Argentina, de acuerdo al artículo 120 del Código de Justicia Militar y artículo 401 de su Reglamento, ha sentenciado que el comandante de zona declarada de emergencia tiene atribuciones para aplicar la sanción prevista por la Comisión de Faltas, y lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 16.970 según lo cual los jueces que desempeñen funciones en los teatros de operaciones mantendrán independencia de acción y facultades para aplicar la legislación.

Germán Bidart Campos, sobre el caso de civiles que son juzgados en el fuero militar, manifiesta que “la sujeción coactiva de los civiles a la jurisdicción militar deben ser repudiados; seguimos diciendo que la ley marcial es contraria a la constitución; seguimos diciendo que ningún tribunal judicial que debe aplicar una norma puede dejar de analizar antes de aplicarla si está de acuerdo con o en contra de la constitución. Y por sobre todo, repetimos que para la seguridad y estabilidad de la convivencia, de esa convivencia asentada en la constitución no es bueno, sino muy malo y peligroso, que cuestiones de competencia

trabadas con posterioridad a sentencias pasadas en cosa juzgada sienten el precedente de que tales sentencias pueden ser dejadas sin efecto. Si la cosa juzgada se tiene por verdadera formalmente, mucho más debió ser así cuando una verdad material y objetiva coadyuva como en este caso a mantener la solución acordada por el juez del hábeas corpus.

La Corte Suprema da por cierto que las situaciones de excepción no es incompatible con la constitución el sometimiento de los civiles a la jurisdicción de los tribunales militares. Hay, en el considerando 3 de la sentencia del caso Fernández de Palacios, señala Birdart Campos, una frase curiosa: no se ha demostrado que, suscitada una emergencia, existe aquella incompatibilidad. Se pregunta Bidart Campos: ¿cómo puede demostrarse la incompatibilidad o la compatibilidad? ¿Es acaso una cuestión de hecho? La única demostración es el razonamiento.

En Argentina, los tribunales militares no integran el poder judicial. La sujeción a ellos de civiles incurso en delitos comunes importa tanto como establecer una comisión especial de las vedada por el art. 18 de la constitución. Por grave que sea una emergencia, si los tribunales judiciales pueden funcionar, ningún justiciable debe escapar a su jurisdicción y competencia.

La Constitución no autoriza a que la ley transfiera las competencias judiciales a organismos que no formen los cuadros del poder judicial; ni siquiera a título de excepción o de emergencia. Hay agravio al derecho a la jurisdicción, que requiere como primer estadio el juez natural. Y el juez natural de los civiles no es un juez militar, válido exclusivamente como causa en razón de la materia o como fuero real.

Acerca del sometimiento de civiles a tribunales militares, la Corte Suprema ha señalado que “Para que proceda el sometimiento de civiles a la jurisdicción de tribunales militares hace falta que los delitos previstos en las leyes 21.272 y 21.268 guarden vinculación con las actividades subversivas, pero no cualquier ilícito relacionado con éstas suscita aquella jurisdicción, sino solamente el que está expresamente previsto en la ley”.

La Corte Suprema admite el sometimiento de civiles a tribunales castrenses en determinadas circunstancias de excepción, sólo en tales situaciones resulta admisible la competencia de dichos tribunales, por lo cual, no configurándose esa hipótesis en el caso de autos, corresponde declarar su incompetencia y remitir la causa a la justicia federal.

En lo que se refiere al recurso extraordinario, la Corte Suprema ha señalado que “Si el recurso extraordinario cuya

denegatoria motiva la queja fue interpuesto contra una presunta sentencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que habría confirmado la condenatoria dictada por un Consejo de Guerra Especial Estable, y luego se acredita la inexistencia de la sentencia de aquel Consejo Supremo, y se alega ausencia o destrucción de las actuaciones sumariales labradas ante el consejo Especial, la manifestación del recurrente de haber apelado verbalmente el fallo de este último Consejo debe ser computada favorablemente para decidir que la interposición del recurso extraordinario era el único medio para atacar la resolución final que el prevenido creyó haber recaído en su contra, ya para considerar que una interpretación contraria introduciría un grave factor de incertidumbre acerca del resultado final del proceso, en detrimento de la defensa en juicio”. Luego, agrega la corte Suprema en su fallo: “Si bien el recurso extraordinario es conducente en el caso para reparar la privación de la segunda instancia, no alcanza para que la Corte se pronuncie sobre el fondo del asunto en él planteado, si sobre el punto no existe sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, lo que debe ser reparado en la respectiva instancia de acuerdo a la apelación que corresponde tener por deducida contra la sentencia del Consejo de Guerra Especial Estable de San Juan, a cuyo fin precede hacer lugar a la queja y devolver los autos al Consejo supremo de las Fuerzas Armadas a fin de que urgentemente reconstruya las actuaciones desaparecidas, a efectos de resolver

en la instancia pertinente la apelación promovida contra la sentencia del Consejo de Guerra Especial”.

6.2.3. Colombia

La Constitución colombiana en su artículo 221 establece que “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.”

De modo que, para que un delito sea de competencia de la justicia penal castrense, en tiempo de paz, se requieren los siguientes presupuestos: Que el autor sea Militar; esto es, que pertenezca a los cuerpos armados del país: Ejército Marina y Fuerza Aérea, lo mismo que a la Policía Nacional. Que esté en servicio activo; es decir, que se encuentre en el ejercicio de la profesión militar y cumpliendo los menesteres y obligaciones propias de su grado jerárquico, a la época de la comisión del reato. Que el delito cometido tenga relación con el mismo servicio; se descartan por lo tanto, infracciones penales cometidas en circunstancias y con ocasión de actividades ajenas al servicio castrense.

En lo que se refiere a algunos delitos militares, donde se pone en cuestión la estricta delimitación del fuero ordinario y el fuero militar, el artículo 177 del Código Penal de Colombia hace

mención al rechazo o retardo de obediencia cometido por un militar o por agente de la fuerza pública; sostiene que “El militar o agente de la fuerza pública, que rehúse o retarde indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno a cuatro años”.

En la Comisión redactora del Código Penal se plantearon algunas dudas sobre si la disposición debía hacer parte del Código de Justicia Penal Militar. Esta ha sido recogida ahora por los más autorizados comentadores de dicho Código para sostener que la norma del Código Penal no se puede aplicar a los militares, ya que para ellos existen las normas especiales del Código Penal Militar.

El Decreto 0250 del 11 de julio de 1958, dictado durante el Gobierno de la Junta Militar dispone en su artículo 168 que “El militar que en ejercicio del mando, o en comisión de orden público, rehúse o retarde indebidamente y sin causa legítima la cooperación o apoyo a adecuados pedidos por autoridad civil competente, incurrirá en arresto de uno a cuatro años. Si de la omisión o retardo resultare grave daño para la tranquilidad pública o el buen nombre de las Fuerzas Armadas, la pena será de prisión”.

En cuanto a la delimitación del Código Militar y el Código Penal ordinario, en relación con la estructura del Código de Justicia Penal Militar frente al Código Penal ordinario, se plantea el siguiente problema: ¿El Código de Justicia Militar tiene la naturaleza de legislación complementaria del Código Penal ordinario, o, por el contrario, debe ser un Código integral y autónomo?.

El argumento a favor de la elaboración de un Código Militar que tuviera el carácter complementario del derecho general, se encuentra en la consideración de que el delito común no cambia de naturaleza, ni de gravedad, solamente porque sea cometida por los militares. En ese sentido, el Código integral, al comprender toda la criminalidad y constituir la única ley penal para los militares, sería de fácil aplicación y evitaría las repetidas referencias a la ley penal común, capaces de producir inconvenientes para su aplicación, y aseguraría completa autonomía a la ley penal militar.

El argumento en contra, lo ha escrito Manzini en los siguientes términos: “El derecho penal militar es un derecho penal especial, en cuanto es aplicable solamente a las personas que se encuentran o que obra en determinadas condiciones. Más adelante continúa: no representa una fracción del derecho penal común (como sí las innumerables leyes penales administrativas),

sino que constituye un cuerpo autónomo de leyes, regido también, algunas veces, por institutos fundamentales con principios diversos de aquellos acogidos por el Código Penal común. Gravísimo y evidente error sería el calificar el derecho penal militar, en su complejo, como un derecho excepcional o extraordinario”.

Bernal Pinzón intenta poner orden al respecto. Sostiene que la razón está de parte de quienes sostienen la tesis de que el Código Militar debe contener apenas los delitos exclusivamente militares; es decir, aquellos hechos (acciones u omisiones), que estén inspirados por estos dos principios que constituyen la esencia del delito militar: 1) la calidad de militar del culpable, 2) la calidad de militar del hecho.¹²⁵ La calidad de militar en el agente tiene dos consecuencias muy importantes: desde el punto de vista del derecho sustantivo, dicha calidad es elemento constitutivo del delito, convirtiéndolo, por ello, un delito propio o especial; desde el punto de vista procesal, hace que el reo no sea sometido al juzgamiento por una Corte Militar.

El Código Penal Militar debe ser una ley que contenga los delitos e infracciones exclusivamente militares; es decir, aquellos hechos delictuosos en los que entre la calidad del agente (militar) como elemento constitutivo del hecho; y debiéndose aplicar la ley

¹²⁵ En Jesús Bernal Pinzón, *Delitos Contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*, Bogotá: Editorial Temis, 1965, p. 212

común a todos los casos en que no se lesione ese interés especial que conforma y caracteriza el derecho militar.

En Colombia se ha adoptado el sistema español, que interpreta el ámbito estrictamente castrense en el sentido de que la justicia militar, sólo es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar. Como hemos visto, este sistema afirma la unidad de jurisdicción, y contempla la facultad de la corte Suprema para conocer en casación o revisión de las resoluciones impugnadas de los tribunales militares.

6.2.4. México

La Constitución mexicana en su artículo 13, señala que el fuero de guerra comprende exclusivamente delitos y faltas contra la disciplina militar. De dos maneras pueden ser los delitos de este género: los propiamente militares y los comunes, que quedan sujetos al fuero de guerra, en razón de circunstancias tales como el lugar, el tiempo, el sujeto pasivo. La mayor parte de los delitos comunes pueden convertirse en militares en virtud de estas circunstancias: El robo, el homicidio, la falsificación, caen bajo la jurisdicción de los Consejos de Guerra, cuando se cometen entre militares y en el interior de los cuarteles, o bien, tienen por objeto material en que se ejecutan, cosas pertenecientes a las Fuerzas Armadas.

Los delitos propiamente militares pueden reducirse a dos grupos: *los que tienen como objeto jurídico violado*, el deber o decoro militares, como la inutilización voluntaria para sustraerse al servicio, la desobediencia, la insubordinación, la desertión; y *los que se cometen en la administración de justicia militar* o en otras funciones militares.

El antemencionado artículo de la Constitución mexicana señala que el agente activo del delito militar puede serlo un paisano, solamente que entonces el delito militar corresponde al fuero común, y conocen concurrentemente los tribunales militares por lo que atañe a los militares que pueden intervenir en el delito.¹²⁶

Respecto de los delitos oficiales, el artículo 108 de la Constitución establece la distinción cuando dice que: “por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo encargo”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 41 señala que corresponde a los Jueces de Distrito en materia penal conocer de los delitos federales. El mismo

¹²⁶ Ricardo Abarca, *El Derecho Penal en México*. México: Editorial Cultural, 1947, p. 52.

precepto define cuáles son delitos federales: a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados; b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal; c) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) los cometidos en las embajadas legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo a ellas; g) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionario de un servicio publico federal, o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación.

Debemos detenernos brevemente a analizar los delitos cometidos por los funcionarios federales o los que son cometidos en contra de ellos, son federales cuando las funciones públicas son el motivo o la ocasión del delito; no cualquier ataque

contra el Presidente de la República o contra los Diputados Federales, es un delito federal.

Otros delitos federales son los cometidos con motivo del funcionamiento de un servicio público federal. Dichos servicios están regidos por una ley federal que previene los delitos a los que puede dar ocasión el servicio público; pero además, los delitos comunes pueden convertirse en federales en este caso; de donde resulta que el fraude de un cajero de los ferrocarriles en contra del público es delito federal.

6.2.5. Brasil¹²⁷

La actual Constitución del Estado de la República de Brasil contiene disposiciones sobre la jurisdicción militar federal y la jurisdicción militar en los Estados. Estas jurisdicciones se rigen tanto por el Código Penal Militar y Procesal Militar federales, ya que solamente la Unión tiene competencia para legislar sobre el Derecho Penal y Derecho Procesal especial o común.

La Constitución en sus artículos 122 a 124, da los fundamentos de la Justicia Militar Federal, o sea, de la Justicia Militar que tiene competencia para procesar y juzgar los delitos militares de los integrantes de las Fuerzas Armadas, incluyendo la

¹²⁷ Respecto de la Jurisdicción Militar en este país, consultar a Luis Pinto Ferreira, “La jurisdicción militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego, *Op. cit.*, pp. 109-129. También José Alfonso da Silva, “Noticias sobre la jurisdicción militar en el Brasil”, en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego, *Op. cit.*, pp. 85-108.

previsión de los órganos de la jurisdicción militar y sus competencias, en cuanto el artículo 125, incisos 3 y 4, autorizan a los Estados a organizar su Justicia Militar para procesar y juzgar a los policías militares.

La Jurisdicción Militar en Brasil tiene los siguientes órganos: el superior Tribunal Militar y los tribunales y jueces Militares instruidos por la ley. El Superior Tribunal Militar está compuesto de quince jueces, diez militares y cinco civiles, todos vitalicios, con la denominación de Ministros, nombrados por el Presidente de la República, después de su aprobación por el Senado Federal.

El Presidente de la República elige a los Ministros militares entre brasileños, mayores de treinta y cinco años, siendo: tres abogados de notorio saber jurídico y conducta intachable, con más de diez años de efectiva actividad profesional, y dos, alternativamente, entre jueces, auditores y miembros del Ministerio Público de la Justicia Militar (artículo 123).

La Constitución no exige que los Ministros civiles sean brasileños de nacimiento, como lo exigía sí en el régimen anterior.

Los Ministros militares han de ser brasileños de nacimiento no porque ello sea exigido para integrar el Tribunal, sino porque la

Constitución requiere que los oficiales de las Fuerzas Armadas tengan esa cualificación.

Por otro lado, el Superior Tribunal Militar es también un órgano de la Jurisdicción Militar, como decimos los tribunales y jueces militares instituidos en la ley. La propia Constitución menciona a los jueces auditores que la ley habrá de incluir en la institucionalización de la Justicia Militar de primer grado. En cambio, el texto constitucional en su artículo 122 se refiere a tribunales y jueces militares, y la verdad es que no hay otros Tribunales de Justicia Militar al margen del ya referido Superior Tribunal Militar. Es también de notarse que la Constitución no exige que la jurisdicción militar de primer grado sea organizada en Consejos de Justicia, salvo para la Justicia Militar estatal. Pero la ley vigente los prevé. De modo que, puede decirse que la jurisdicción militar de primer grado comprende los Consejos de Justicia Militar y las Auditorías Militares.

En este país, cada Auditoría tiene un auditor, un auditor sustituto, un procurador, un abogado de oficio y sus respectivos substitutes, un secretario, cuatro técnicas del servicio judicial, un oficial de justicia y demás auxiliares constantes del cuadro previstos en la ley.

Además, la carrera de la magistratura civil de la Justicia Militar comprende a los Auditores Sustitutos, los Auditores y los

Audidores-corregidores, y se inicia en el cargo de Auditor Sustituto, nombrado entre bachilleres en Derecho, con edad no menor a 25 años ni superior a los 45 años, aprobado en concurso público de pruebas, y por orden de clasificación, en la forma de instrucciones establecidas por el Superior Tribunal Militar. Los cargos de Auditor son cubiertos por promoción de los Auditores sustitutos, por el criterio alternado de antigüedad y mérito.

Finalmente, existe una Auditoria de Corrección integrada por un Auditor-Corregidor, nombrado entre auditores, mediante triple lista organizada por el Superior Tribunal Militar.

Tengamos, además, en cuenta que los Consejos de Justicia Militar son de dos categorías:

Consejos Especiales de Justicia para procesar o juzgar oficiales, excepto oficiales generales que son procesados y juzgados por el Superior Tribunal Militar.

Consejos Permanentes de Justicia, para procesar y juzgar a los insumisos y a los acusados que no sean oficiales, excepto los Auditores, Procurador General, Procuradores y Abogados, y sustitutos que son procesados y juzgados por el Superior Tribunal Militar.

El Consejo Especial de Justicia es presidido por un Oficial Superior y está constituido por un Auditor y por cuatro jueces militares, estos siempre de grado más elevado que el acusado o de grado igual pero con mayor antigüedad. Será formado para cada proceso y se disolverá después de concluidos sus trabajos, reuniéndose nuevamente, por convocatoria del Auditor, si sobreviniere la nulidad del proceso o del juzgamiento, o para diligencia determinada por el Superior Tribunal Militar.

Los Consejos Permanentes de Justicia son constituidos por un Auditor, un Oficial Superior (o sea, Teniente Coronel, Coronel o General), como presidente, y de tres oficiales hasta el grado de Capitán o Capitán-teniente.

Los jueces militares de los Consejos Especiales y Permanentes son sorteados por el Auditor con la presencia del Procurador y del secretario, entre los oficiales de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, en servicio activo, en la sede de la Auditoría, recurriéndose a oficiales fuera de este local, y en el ámbito de la Circunscripción Judicial de la Auditoría, cuando los de la sede fueran insuficientes, y no en otra circunstancia.

El tratadista brasileño José Alfonso da Silva concluye que “Algunos aspectos de legislación penal y procesal militar aun se resienten de los defectos de su origen, el régimen

militar, que no se compadecen con un régimen democrático. La Constitución actual tiene cierta prevención contra ese pasado oscuro, por eso trató de limitar la Jurisdicción Militar, de suerte que muchas de las previsiones del Código Penal Militar y del Código Procesal Militar, y la misma Ley de Organización Judicial Militar, no armonizan con el texto de la Constitución. Los tribunales, con todo, aun no han sido llevados a apreciar de conformidad constitucional de estos textos infraconstitucionales, a no ser aquel único juzgamiento del Supremo Tribunal Federal en que la cuestión continuó convertida y todavía con cierta tendencia a darle un tratamiento más restrictivo en la Constitución vigente”.¹²⁸

¹²⁸ José Alfonso da Silva, *Op. cit.*, p. 107.

CAPITULO SÉPTIMO

EL DELITO DE FUNCIÓN, LA CRIMINALIDAD DE LA GUERRA INTERNA Y LA CRIMINALIDAD DEL REGRESO (Un estudio estadístico con los actores)

- 7.1. Los Presupuestos Metodológicos
- 7.2. Los Presupuestos Doctrinarios
- 7.3. Los Presupuestos de la Realidad Objetiva
- 7.4. Universo y Muestra
 - 7.4.1. Población o Universo
 - 7.4.2. Muestra
- 7.5. Los Resultados
 - 7.5.1. Los Cuadros Estadísticos
 - 7.5.2. La lectura de los Cuadros Estadísticos

7.1. LOS PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Este Capítulo de nuestra investigación busca establecer porcentualmente cuales son los criterios que manejan los encuestados sobre delito de función y su diferencia con los delitos comunes. Para ello, consideramos que la técnica de la entrevista, que en este Capítulo empleamos como recurso fundamental, es una modalidad que permite obtener datos directamente con el sujeto-objeto de este estudio. Hemos tratado, en lo más posible, de planificar cuidadosamente para determinar cómo llevar a cabo esta parte de la investigación.

Como sabemos, el método cuantitativo¹²⁹ permite representar estadísticamente los datos motivos de la investigación. Quizá la característica primordial de esta metodología es la objetividad: los presupuestos conceptuales son transformados a cifras, y una lectura valorativa de ellas está condicionada a ellas mismas.

Se trata de la metodología aplicada a la investigación del comportamiento humano. En el caso concreto de esta investigación se trata del comportamiento de los oficiales y personal subalterno de la Policía Nacional del Perú antiguamente destacados en zonas de emergencia y que hoy cumplen condena por delito de función.

¹²⁹ Ver Restituto Sierra Bravo, *Op. cit.*, pp. 174-238.

7.2. LOS PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS

“La guerra maldita les había enseñado a no mirar y captar sino lo inmediato. No eran capaces de ser otra cosa que soldados; es decir, no volvieron de la guerra... Tal fue la fuente de la desesperación y del fracaso y la Némesis que trazó la ruta trágica de su destino”.¹³⁰ Con estas palabras, Remarque nos acerca a la realidad de aquellos militares que prestaron servicios en un enfrentamiento bélico y luego concluido éste tiene que volver a la vida pacífica, con todo lo que ello significa: volver a encontrarse con la sociedad, con la familia, consigo mismo. Remarque se refiere al contexto post Segunda Guerra Mundial, pero sus observaciones bien podrían tener significación para con una realidad como la nuestra en la cual durante las dos últimas décadas el Perú vivió una guerra interna que ha costado millones de dólares en pérdidas, pero sobre todo el espectáculo draconiano de veinticinco mil muertos y otros tantos miles de vidas que no volvieron a ser ya las mismas.

He ahí el punto: los vivos (o sobrevivientes). Aquellos veinticinco millones de peruanos que de una u otra forma modificamos en algo (o en mucho) sus conductas. Pero sobre todo, este Capítulo está dedicado a aquellos miembros de la Policía Nacional que durante los años ochenta y noventa del siglo pasado prestaron servicios en aquellas zonas en los que las organizaciones terroristas de entonces intentaron establecer un “equilibrio estratégico”, y que cuando la guerra interna terminó al

¹³⁰ Citado por Mariano Ruiz Funes, *Criminología de la Guerra. La guerra como crimen y causa del delito*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, sine data, p. 120

permanecer brindando sus servicios a la institución policial fueron acusados, procesados y condenados por Delito de Función.

Mariano Ruiz – Funes,¹³¹ autor de un libro extraordinario sobre el tema, habla de los “automatismos psicológicos” de los que volvieron, de “la psicología de lo inmediato”, de “la desesperación”, de “la destrucción de la persona”, de la “disolución familiar”, de “el volver en sí”, todo esto en el capítulo titulado *Criminalidad del Regreso* del libro aludido.

Las características mencionadas hacen del que regresa un candidato al crimen. Por cierto, hay que hacer la salvedad de que no se trata de una observación empírica convertida en teoría determinista. No todos los que regresaron adolecen el mal; es más, a la luz de los hechos en su conjunto puede decirse que la inmensa mayoría se adaptó (o readaptó) a sus esferas tanto privadas como públicas de su vida. Pero ello no logra falsar los presupuestos doctrinarios que brevemente esbozamos y sobre los que se sostiene este estudio, y a la razón principal radica en que este estudio tiene como objeto precisamente a esa otra pequeña porción de miembros de la Policía Nacional que sí constituyeron (o constituyen) problema.

Este estudio intenta ubicarse dentro del ámbito psicológico-jurídico, pues se basa en presupuestos propios de la Criminología y en sentencias

¹³¹ *Op. cit.*, ver también, pp. 117-133.

judiciales peruanas que de hecho establecen un criterio de verdad jurídica.¹³²

7.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA REALIDAD OBJETIVA

Lo que hemos tenido en el Perú de las dos últimas décadas es un terrorismo expresado como violencia extrema, dentro de cuyas características pueden citarse las siguientes:

- Provocar represiones
- Propaganda por la acción
- Provocar la represión indiscriminada del Estado para deslegitimarlo
- Desgaste del gobierno y el aislamiento de su élite dirigente
- Excitación del movimiento obrero
- Proclamación de la insurrección
- Captación o neutralización de la población e interdicción de la posibilidad de información al enemigo
- Propaganda armada
- Conquista, impacto e influencia en la opinión pública
- Provocación, en el caso del llamado terrorismo negro.

Teniendo en cuenta las estrategias desarrolladas por las dos más importantes organizaciones terroristas que desarrollaron sus acciones en el Perú de los ochenta y noventa del siglo pasado, podemos decir que la estrategia general tuvo las siguientes fases:

¹³² No obstante, una exposición axiológica de *ser policial*, en Bartolomé Fiorini, *Poder de Policía*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1958, 360 pp.

1. Desestabilización del Estado, mediante el control progresivo de los comportamientos políticos de la población
2. Destrucción de la organización social
3. Fracaso de los medios del enemigo
4. Toma de poder

Las tácticas para conseguir la toma de poder fueron:

- Desmoralizar y provocar a las autoridades políticas y a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú.
- Generar en la sociedad un sentimiento de frustración, cansancio y desilusión que finalmente provoque su indiferencia y desinterés.

Lo antemencionado -podría decirse- constituye la parte programática, pero para relatar la realidad objetiva puede decirse que ésta correspondió a la ideología. Realmente se sembró el terror: a no dudarlo, podría manifestarse que el terrorismo hizo de nuestro país un inmenso matadero.

7.4. UNIVERSO Y MUESTRA

7.4.1. Población o Universo

Nuestro universo está constituido por Oficiales y Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú que en las dos últimas décadas prestaron servicios en las zonas del país, en las que la subversión creyó lograr un “equilibrio estratégico”, y que luego al concluir la guerra interna al servir prestando servicios ya en una urbe

presuntamente cometieron Delito de Función por lo cual fueron condenados.

7.4.2. Muestra

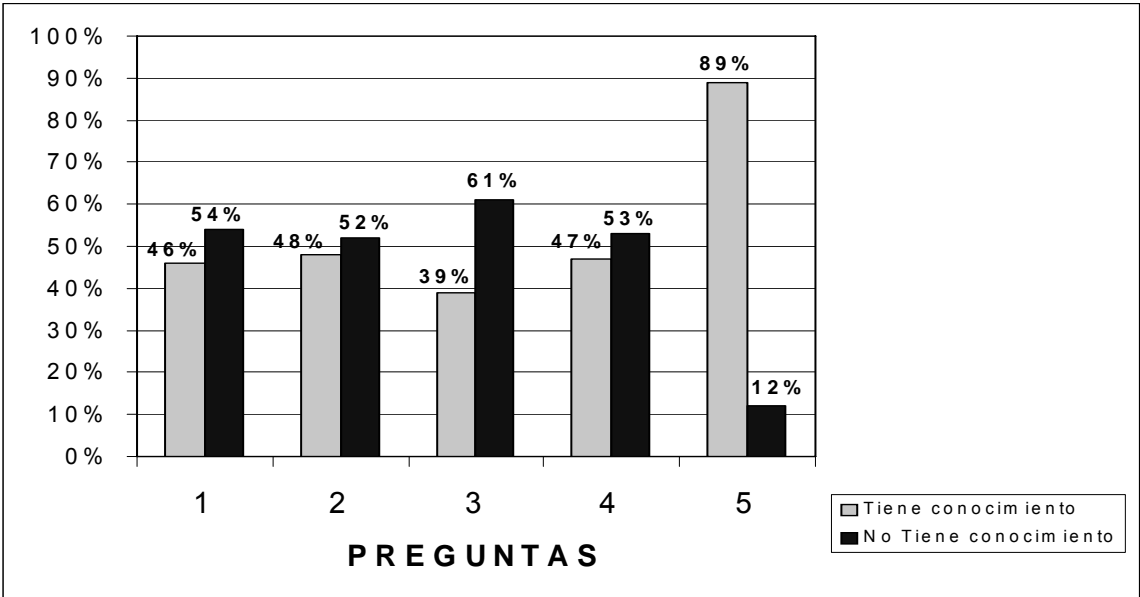
Del universo hemos tomado como muestra a veinte Oficiales y veinte Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú que cumplen condena por Delito de Función; la cual se hace efectiva en el caso de los primeros en el Centro de Inculpadados-CENIN de Oficiales de la Policía Nacional del Perú ubicado en el distrito de Ate Vitarte y en el caso de los segundos en el Centro de Inculpadados-CENIN de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú ubicado en la provincia del Callao.

7.5. LOS RESULTADOS

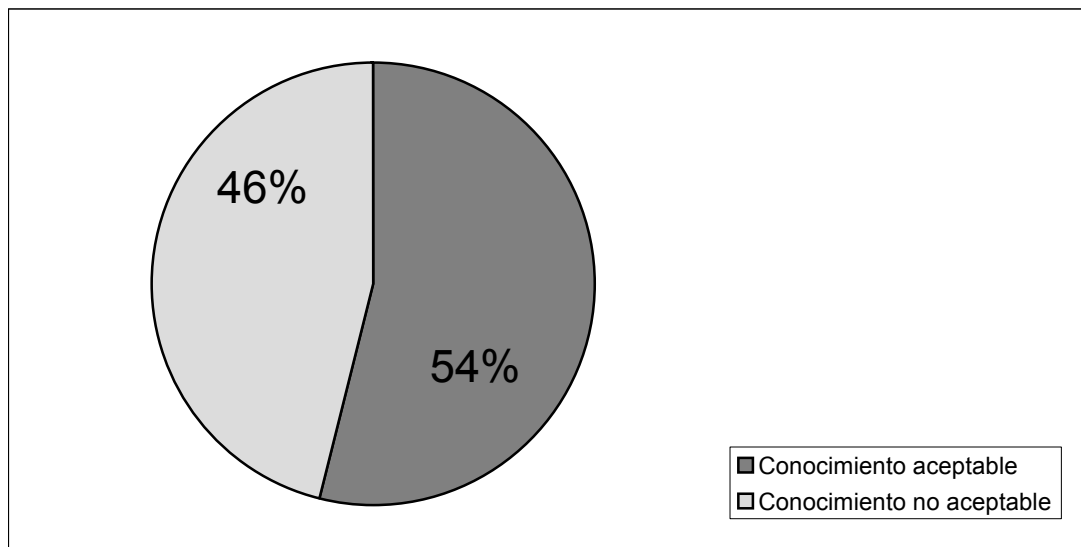
7.5.1. Los Cuadros Estadísticos

ENCUESTA N° 1

Primer Cuadro

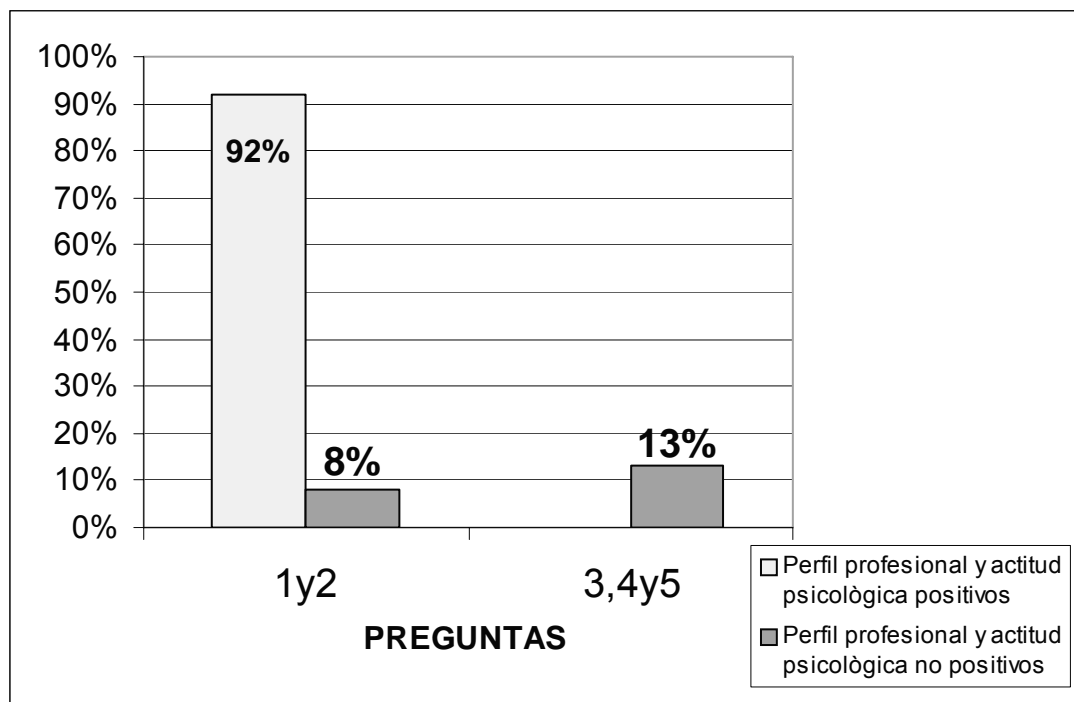


Segundo Cuadro

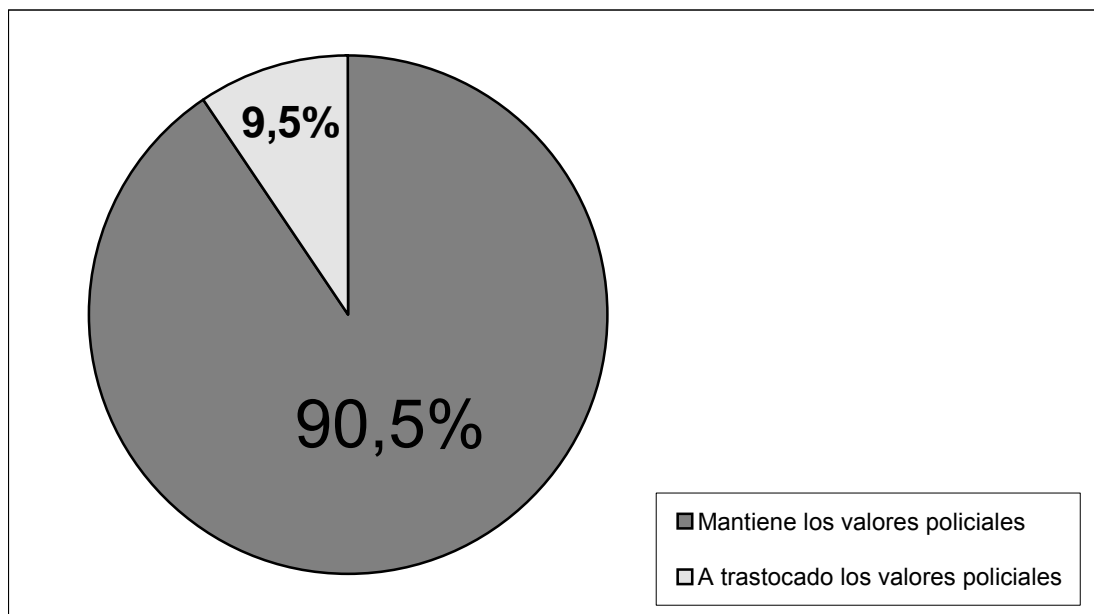


ENCUESTA N° 2

Primer Cuadro



Segundo Cuadro



7.5.2. La Lectura de los Cuadros Estadísticos

- Lectura de la Encuesta N° 1

En cuanto al nivel de conocimiento acerca del “delito de función” que tienen los Oficiales y Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú inculcados por este delito, de la lectura de los cuadros estadísticos presentados se desprende que se trata de dos niveles de conocimiento: *un conocimiento teórico y un conocimiento como producto de la actividad cotidiana del policía*.

Respecto del conocimiento Teórico, puede decirse que el policía posee un nivel de conocimiento aceptable sobre todo si se inquiera en cuestiones concretas, en todo caso lo que las cifras presentadas representan es la carencia del 46% de entrevistados en lo que se refiere al nivel técnico-jurídico. En cuanto al nivel de conocimiento como producto de la actividad

cotidiana del policía, puede decirse que éste sí conoce los límites de la legalidad de sus actividades como policía.

En conclusión, es recomendable que en la formación académica del Oficial y Sub-Oficial de policía se incida con más énfasis en la parte jurídica que atañe a su trabajo.

- Lectura de la Encuesta N° 2

En cuanto al perfil profesional y psicológico de los Oficiales y Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú inculcados por “delito de función”, intentamos un doble lectura: El *ser humano como tal*, y el ser policía.

En lo que se refiere a la valoración del ser humano como tal, la muestra que hemos tomado nos indica que casi en su totalidad los valores se mantienen.

Por otro lado, en cuanto al ser policía debemos manifestar que el 90.5% mantiene como parte consustancial de su modo de pensar los altos valores que animan a la Policía Nacional del Perú. Por cierto, existen excepciones, pero aun dichos casos encuentran explicación dentro de lo que es la compleja conducta humana.

Puede concluirse que, es recomendable que se produzca todavía un mayor acercamiento entre el policía y la comunidad; es recomendable,

además, que tanto a nivel de la sociedad en general como al interior de la propia institución policial se procure una mayor dignificación del policía.

POST SCRIPTUM

Este es un momento de frontera, de propuestas y cambios, en lo que respecta al Derecho Penal Militar Peruano. Precisamente, en el centro de dicho debate se encuentran los tópicos que aborda la presente investigación: La Jurisdicción Militar y el Delito de Función.

Para confirmar lo que queda expresado líneas arriba, cuando ya esta investigación había sido concluida el Ministerio de Defensa ha presentado un Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar y un Proyecto del Código de Justicia Militar (ver Diario Oficial El Peruano, domingo 1 de julio de 2001 – Separata Especial); y el Ministerio del Interior presenta también un Proyecto de Bases de la Reforma Judicial (ver Diario Oficial El Peruano, domingo 22 de julio de 2001 – Separata Oficial).

Las iniciativas no sólo parten de constitucionalistas e investigadores de la problemática de la justicia militar, también las propias instituciones armadas y policiales se han expresado con propuestas.

Quedan entonces sentadas las posiciones, y queda servido el debate académico. Es propósito de la presente investigación animar este intercambio de ideas, justo en un momento fecundo.

CONCLUSIONES¹³³

1. Como conclusión primera, se enuncia la siguiente: La jurisdicción militar posee presupuestos jurídicos, empíricos, y carácter especializado; de modo que, como fuero de excepción con jerarquía constitucional, entre nosotros, debe seguir existiendo. Por ello, no estamos de acuerdo con la posición de la Defensoría del Pueblo que afirma que la Justicia Militar debe ser una rama especializada al interior del Poder Judicial.
2. El delito de función, entendido como delito militar, se encuentra reducido al ámbito estrictamente castrense; siendo así, las conductas que no se encuentran vinculadas con el servicio o la función militar o policial, deberán ser considerados delitos comunes.
3. El fuero militar, como órgano jurisdiccional, se halla premunido de las garantías procesales que regulan el derecho al debido proceso; así pues, su imparcialidad e independencia se encuentran legalmente protegidas.
4. Los criterios de atribución que anteriormente permitían establecer la competencia de la jurisdicción militar, se encontraban relacionadas a través de la fórmula tripartita en razón del delito, del lugar o la persona; empero, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional que

¹³³ Las Conclusiones que presento son producto de la utilización de los métodos tanto inductivo como deductivo; además, es de notar que, éstas están redactadas en un sentido afirmativo o de aseveración.

conceptualiza el delito de función los criterios utilizados son en razón del objeto o el bien jurídico protegido.

5. Las propuestas referidas a la Ley Orgánica de Justicia Militar y el Código de Justicia Militar (tanto en la presente investigación, como de otras iniciativas que se producen en estos días) no están produciendo un cambio de paradigma. Los presupuestos en torno a los cuales está organizada la justicia militar peruana se mantienen; las reformas propuestas se suscitan fundamentalmente dentro del paradigma establecido. Este hecho reafirma el sentido histórico de nuestra justicia militar.
6. Desde una perspectiva realista (tomando en cuenta nuestra cultura jurídica y social), en cuanto a la Jurisdicción Militar, el actual modelo doctrinal de permanecer vigente, en este sentido, las reformas a emprenderse en estos tiempos para ser coherentes deben estar enmarcadas en nuestro modelo histórico de Jurisdicción Militar y de fortalecimiento de las instituciones de acuerdo a los principios de un Estado de Derecho.

SUGERENCIAS¹³⁴

Ante todo, considero que antes de plantear ciertos ensayos de ingeniería jurídica, una visión global del tema nos obliga a detenernos en actores: en los hombres y en su carga subjetiva. No existen razones determinantes para dudar acerca de la labor técnica y honesta del fuero militar.

La idea es que los radicalismos son malos, y si acaso una vida nacional democrática nos obliga a respetar las instituciones, reconozcamos la importancia del fuero militar.

De modo que, las sugerencias vertidas en este acápite tienen como propósito coadyuvar a la idea de la justicia militar como garantía del Estado de Derecho en el Perú. Así postulamos las siguientes:

1. La jurisdicción militar debe seguir existiendo, por sus presupuestos jurídicos, empíricos, y carácter especializado; en todo caso, de lo que se trata es de reformarla para hacerla mas contemporánea al humanismo.
2. El delito de función debe permanecer limitado al ámbito de la propia vida castrense; así, aquellas conductas desvinculadas del servicio o de la función militar o policial, serían considerados delitos comunes.

¹³⁴ Para elaborar las sugerencias de la presente investigación hemos asumido sobre todo la metodología hipotética inductiva, pues creemos que lo fundamental es tomar en cuenta la realidad. Parte de la conducta mesurada que debemos observar precisamente partir de nuestra realidad.

3. Los criterios de atribución que se deberían tomar en cuenta para establecer la competencia de la jurisdicción militar deberían girar en torno al objeto y al bien jurídico protegido.
4. En cuanto a la conformación de los órganos de justicia militar en tiempo de paz, si bien a partir de 1996 se incrementa la participación de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, debe estudiarse la posibilidad de establecer que todos los vocales supremos y el fiscal sean oficiales que conformen el cuerpo jurídico militar, y que el único oficial de armas sea el auditor. Así se evitaría suspicacia alguna, e indiscutiblemente primaría el principio de especialización.
5. Con el fin de alejar toda duda sobre la independencia que debe gozar la justicia militar, se propone que la Ley Orgánica de Justicia Militar sea modificada, en el sentido de que los miembros de la justicia militar sean evaluados por el Consejo Nacional de la Magistratura, para luego ser designados por el Presidente de la República mediante Resolución Suprema, tal como se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Justicia Militar. Este mismo sistema de designación deberán seguir los fiscales asignados a la justicia militar. En cuanto al tiempo que deben permanecer en el cargo, se propone que una vez designados en la plaza correspondiente, no podrán ser removidos de su cargo sin su consentimiento después de siete años, a menos que incurran en alguna falta grave o delito, al término del cual deberán ser sometidos a una nueva evaluación de ratificación.

6. Una última sugerencia, que es casi también una ilusión: El hecho de que el Derecho Penal Militar peruano sea motivo de preocupación sobre todo de abogados constitucionalistas es muestra elocuente de que entre nosotros esta disciplina autónoma no conoce aún de especialistas que hayan desarrollado una labor académica orgánica. Pueda que esa tarea hermosa nos corresponda a las nuevas promociones de penalistas militares.

ANEXO Nº 1

LOS INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN CUANTITATIVA

Los Instrumentos se han elaborado en base a la técnica de la entrevista. La modalidad de pregunta que hemos empleado es la “pregunta abierta”, no inducida, en aras de la necesaria objetividad.

Encuesta de Opinión Nº 1

ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A OFICIALES Y SUB-OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ INCULPADOS POR DELITO DE FUNCIÓN, ACERCA DE LOS CRITERIOS QUE MANEJAN SOBRE ESTE DELITO, Y SUS DIFERENCIAS CON LOS DELITOS COMUNES.

1. ¿Qué es, para Usted, el Delito de Función?

.....

.....

.....

.....

2. ¿Cuál es la diferencia entre Delito de Función y Delito Común?

.....

.....

.....

.....

3. ¿Qué señala la actual Constitución del Estado acerca del Delito de Función?

.....

.....

.....

.....

4. ¿Qué establece la ley penal militar acerca del Delito de Función?

.....

.....

.....

.....

5. ¿En qué casos concretos del servicio un policía puede cometer Delito de Función?

.....

.....

.....

.....

Encuesta de Opinión Nº 2

ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A OFICIALES Y SUB-OFICIALES
DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ INCULPADOS POR DELITO
DE FUNCIÓN, ACERCA PERFIL PROFESIONAL Y PSICOLÓGICO

1. ¿En su caso, que circunstancias en concreto lo llevaron a optar por la profesión de policía?

.....

.....

.....

.....

2. ¿Cuáles cree Usted, son las características de un buen policía?

.....

.....

.....

.....

3. ¿Las vidas de un delincuente terrorista, de un delincuente común, y de un buen ciudadano tienen el mismo valor?

.....

.....

.....

.....

4. ¿Qué es lo que debe hacer un delincuente o un ciudadano cualquiera para que Usted, en circunstancias en que está prestando servicios, pierda la paciencia? ¿En otras palabras, cuál es su punto límite?

.....

.....

.....

.....

5. ¿Comparte Usted la idea de que solamente el Poder Judicial y el Fuero Privativo Militar deben administrar justicia, o cree Usted que en

circunstancias extremas se justifica que los particulares hagan justicia con sus propias manos?

.....

.....

.....

.....

ANEXO 2

ANÁLISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES:

5. CASO CESTI HURTADO

1.1. SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DECLARANDO FUNDADO EL HABEAS CORPUS¹³⁵

Exp. Nro 335-97, Sala Especializada de Derecho Público, Resolución de 12 de Febrero de mil 1997.

VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente el Doctor Salas Villalobos; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el objeto de la presente Acción, está constituido por la amenaza contra la libertad individual del favorecido Cesti Hurtado, la cual es representada por la orden de detención dictada en su contra en un procedimiento que se viene tramitando ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, y en el que se le ha incluido en su condición de militar en retiro; habiéndose identificado dicho proceso como la causa número cinco mil doscientos noventa y seis - cero ciento diecisiete; **SEGUNDO:** Que, conforme se desprende a fojas veinte de la copia certificada de la resolución de fecha veintitrés de Diciembre de mil novecientos noventa y seis, expedida por el Consejo Supremo de Justicia Militar, se abre instrucción contra el recurrente, conjuntamente con otros Oficiales del Ejército Peruano, por Delitos de Desobediencia, contra el Deber y Dignidad de la Función, Negligencia y Fraude, siendo que los hechos se derivan de una operación de seguro efectuada por el Ejército con la Compañía de Seguros Popular y Porvenir, en la cual el Capitán en retiro Gustavo Cesti Hurtado, intervino en calidad de Asesor; **TERCERO:** Que, a fojas veinticinco, corre copia certificada de la resolución de fecha diecisiete de Enero de mil novecientos noventa y siete, por la cual se varía la orden de comparecencia del afectado, por la de detención provisional, siendo que de acuerdo a la manifestación de fojas veintiséis prestada por el Coronel Jorge Molina Huamán-Secretario General del Consejo de Justicia Militar, tal medida fue adoptada por incumplimiento a la orden de comparecencia por parte del procesado; **CUARTO;** Que, la defensa del favorecido, se centra fundamental y principalmente, en la circunstancia de que no se le puede incluir en un proceso dentro del fuero castrense, a pesar de ser militar en situación de retiro, por cuanto en la actualidad, no existe presupuesto vinculante con las Fuerzas Armadas, que delimiten sus derechos civiles, siendo que por ello, no sólo es indebidamente su inclusión en el proceso privativo, sino que la orden de detención que emana de él, consecuentemente es arbitraria y lesiona su derecho irrestricto de libertad; **QUINTO;** Que, expuestos los elementos constitutivos que identifican la presente acción y previo al análisis de los alcances de la garantía constitucional del Hábeas Corpus como instituto jurídico, de acuerdo al caso específico tratado, a efectos de determinar su aplicación ó procedencia, resulta preciso determinar que si bien en otra causa resuelta por este Colegiado y que involucraba alcances de la justicia castrense a personas que habían pasado a la calidad de militares en situación

¹³⁵ VALLE-RIESTRA, Javier, *Habeas Corpus*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005, p. 99-102.

de retiro, se determinó que no correspondía emitir pronunciamiento, por implicar un argumento que debía ser alegado como medio de defensa previo ó de fondo con arreglo al ordenamiento adjetivo de la materia, no obstante, ello se debió a un caso único predeterminado en el cual concurría el hecho militar vinculante a ese caso específico; siendo que en el presente caso, no se advierte tal hecho vinculante, sino por el contrario, aparece otro elemento En todo caso apreciable por el ordenamiento sustantivo común; **SEXTO:** Que, siendo ello así, se tiene que conforme lo establece el artículo ciento setentitrés de la Constitución Política del Perú, en caso de Delito de Función, los miembros de las Fuerzas Armadas están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, excluyéndose de estos alcances a los ciudadanos civiles, salvo en los casos de Terrorismo y Traición a la Patria, que no es del presente caso tratar; Que, en tal sentido, la norma constitucional, en esencia contiene dos presupuestos copulativos é interrelacionados de manera indesligable que son los que van a determinar el sometimiento al fuero privativo, cuales son: a) sujeto activo militar y b) hecho militar; **SETIMO:** Que, para los efectos e la concurrencia de ambos presupuestos, debe tenerse presente que la norma constitucional hace especial referencia, a la condición de la función que desempeña el sujeto activo y que como consecuencia de ésta, se produzca un delito tipificado en el Código de Justicia Militar, lo que quiere decir, que necesariamente dicho sujeto debe estar desarrollando funciones dentro de los supuestos contenidos en el artículo trescientos veintiuno del Código de Justicia Militar; **OCTAVO;** Que, para mayor alcance de tal razonamiento, se tiene que de acuerdo a la propia naturaleza de los institutos armados, el establecimiento del fuero privativo además de cumplir los fines coercitivos de carácter especial en razón de la materia de su competencia, tiene como principal finalidad, la de resguardar el orden institucional militar propiamente dicho; es decir, cumple la misión de velar por el control y la disciplina dentro de la institución, cada vez que los agentes que forman parte de ella con sus actos propios de función directa ó indirecta, atenten en cualquier grado, contra la estabilidad de dichos componentes institucionales; **NOVENO:** Que, en consecuencia, de lo expuesto se llega a determinar que para someter a una persona al fuero militar, resulta necesaria la ,concurrencia del hecho vinculante, es decir, el hecho militar atribuido ó que implique además faltamiento a la majestad de las Fuerzas Armadas, en relación directa al sujeto activo investigado; **DECIMO:** Que, en el presente caso, está demostrada la condición de Oficial en el grado de Capitán del Ejercito Peruano en situación de retiro por parte del favorecido Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, siendo que su participación en los hechos material de la acción instaurada en el fuero militar, de acuerdo al estudio analítico-comparativo de los elementos apreciados, son de tipo sustantivo común; en consecuencia, dada tal condición personal y al tipo sustantivo determinado, se colige que en todo caso dicho ciudadano no puede ser sometido con mandato de detención a un proceso privativo dentro del fuero militar; estando a que no reúne los requisitos constitucionales establecidos por el artículo ciento setentitrés de la Carta Magna para ser considerado como sujeto activo militar al no haber estado desempeñando labores ó funciones como militar en cuanto a los hechos que se le atribuyen, no es de aplicación al presente caso, el Principio de la Extensión del Fuero Militar; **DECIMO PRIMERO:** Que, siendo ello así, y resultando ajeno al proceso instaurado en el Fuero Militar, la Orden de Detención dictada en su contra a que se refiere el Tercer considerando, implica por lo tanto, una amenaza inminente al Derecho Constitucional de Libertad del favorecido, debiendo este Colegiado con competencia constitucional restablecer tal derecho vulnerado; todo ello atendiendo a que la libertad de la persona, es la suprema expresión de la esencia misma del ser humano, hacia la cual se dirigen todos los conceptos fundamentales para el logro de la paz social y el imperio del estado de derecho, conforme lo dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos; **DECIMO SEGUNDO:** Que, estando a lo expuesto, la Institución de Hábeas Corpus, al estar vinculada con la protección de la libertad individual de la persona humana, a fin de protegerla contra actos coercitivos practicados por cualquier persona

ó entidad de cualquier rango ó jerarquía ó competencia y que atentan contra el derecho de libertad, resulta la vía idónea dada su condición jurídica de garantía constitucional y trámite inmediato, y por lo tanto aplicable con carácter positivo presente caso tratado; **DECIMO TERCERO:** Que, en cuanto a la ejecución de la garantía constitucional, es preciso disponer el inmediato cese de la orden de detención dictada contra el favorecido y la que le impide salir libremente de territorio nacional, y para lo cual es imprescindible ordenar la suspensión de la tramitación del proceso que se le sigue al accionante ante el Consejo Supremo de Justicia Militar; lo que no impide su investigación ante el Fuero Civil de acuerdo al ordenamiento sustantivo; por cuyas consideraciones, **REVOCARON** la Resolución obrante a fojas sesentiséis a sesentisiete, su fecha cuatro de Febrero de mil novecientos noventa y siete que declara improcedente la Acción de Hábeas Corpus; y **REFORMANDOLA DECLARARON: FUNDADA** la acción de HABEAS CORPUS interpuesta por Gustavo Adolfo Cesti Hurtado contra el Consejo Supremo de Justicia Militar; y en consecuencia **ORDENARON:** se levante de inmediato la Orden de Detención, el impedimento de salida del territorio de la República, así como la suspensión de la tramitación del proceso contra el ciudadano Gustavo Adolfo Cesti Hurtado por las razones glosadas en los considerandos de la presente resolución; **MANDARON:** Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución se publique en el Diario Oficial "El Peruano" por el término de Ley; y los devolvieron.
SALAS VILLALOBOS, MAC RAE THAYS, CASTILLO V ASQUEZ.

1.2. RESOLUCIÓN DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR QUE DECLARA INAPLICABLE LA SENTENCIA DE HABEAS CORPUS¹³⁶

Gral. Brig. EP. Presidente de la Sala de Guerra del CSJM

Lima, 26 de Febrero de 1997.

VISTOS; Dado cuenta con la resolución emitida por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la resolución de la Juez Penal. Doctora Susana **CUENTAS JARA**, declara fundada la acción de Hábeas Corpus interpuesta por el Capitán Ejército Peruano Gustavo Adolfo **CESTI HURTADO**, dirigida contra el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar General de Brigada Raúl **TALLEDO VALDIVIEZO** y ordena levantar de inmediato la orden de detención, el impedimento de salida del territorio de la república, así como, la suspensión de la tramitación del proceso contra el ciudadano Gustavo Adolfo **CESTI HURTADO**; y, **CONSIDERANDO;** Que, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, ante la denuncia presentada por el Comando del Ejército, sobre defraudación de **UN MILLON CINCUENTA MIL DOLARES AMERICANOS**, mediante resolución de fecha veintitrés de Diciembre de mil novecientos noventa y seis, **ABRIÓ INSTRUCCION** contra el Capitán Ejército Peruano en situación de retiro Gustavo Adolfo **CESTI HURTADO** y Otros Oficiales denunciados, por los delitos de "**DESOBEDIENCIA**", "**CONTRA EL DEBER Y DIGNIDAD DE LA FUNCION**", "**NEGLIGENCIA**" y "**FRAUDE**", en agravio del Estado Ejército Peruano; que, encomendada la investigación judicial de la referida instrucción, identificada con el número cinco mil doscientos noventa y seis, guión cero ciento diecisiete, el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar, por resolución de fecha veintitrés de Diciembre de mil novecientos noventa y seis, se avocó en el conocimiento de la misma y resolviendo la situación jurídica del mencionado Oficial Subalterno, dictó mandato de **COMPARECENCIA**; que, al no haber comparecido el mencionado capitán **CESTI** a prestar su declaración instructiva no obstante estar

¹³⁶ VALLE-RIESTRA, Javier, ob. Cit. P. 104-110.

debidamente notificado, se hizo efectivo el apercibimiento de ley variando su situación jurídica por la de **DETENCION PROVISIONAL**, según auto de fecha diecisiete de Enero del presente año, dictándose en su contra las órdenes de ubicación, búsqueda y captura e impedimento de salida del país, de acuerdo a las normas procesales penales en vigencia; que, el inculpado Capitán **CESTI HURTADO** se le imputa haber participado. en la defraudación de **UN MILLÓN CINCUENTA MIL DOLARES AMERICANOS** en agravio del Estado-Ejército Peruano, en su calidad de agente de seguros del Ejército ante la Compañía de Seguros Popular y Porvenir; que, en la fecha en que se cometieron estos injustos penales, el referido Capitán **CESTI HURTADO** prestaba servicios en el Comando Logístico del Ejército como **ASESOR Y CORREDOR DE SEGUROS**, según contrato firmado el diez de Noviembre del mil novecientos noventa y tres; que, para la práctica de la diligencia de recepción de la declaración instructiva del inculpado debe observarse lo dispuesto en el artículo quinientos veintidós del Código de Justicia Militar es así que está facultado todo Juez Militar para decretar **DETENCION PROVISIONAL** en el caso de que no comparezca al ser requerido para tal fin; que, en el presente caso se trata de resoluciones judiciales expedidas dentro de un debido proceso, llevado con arreglo a las disposiciones procesales normadas por la ley; que, dentro de éste contexto tenemos que al Fuero Militar se le reconoce la exclusividad de la función jurisdiccional penal militar, conforme lo estatuye el artículo ciento treinta y nueve, inciso primero, de la Constitución Política, importando ello, una afirmación categórica de que ningún órgano o funcionario extraño a éste Fuero, puede arrogarse la función de Juez Militar en sentido estricto, que, los Magistrados de la Sala Especializada de Derecho Público del Fuero Común, al disponer que se levante la orden de detención y el impedimento de salida del territorio de la República, dictadas contra el inculpado Capitán **CESTI HURTADO**, han asumido funciones reservadas sólo a los Magistrados Militares, pretendiendo dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de Cosa Juzgada; que asimismo, el Colegiado al disponer la suspensión de la tramitación del proceso penal militar contra el mencionado inculpado Capitán Gustavo Adolfo **CESTI HURTADO**, por considerar que no existe presupuesto vinculante con las Fuerzas Armadas que delimiten sus derechos civiles, se han pronunciado a priori sobre una cuestión de competencia no deducida en el proceso penal regular que sigue ésta Judicatura, que de haber sido planteada conforme a ley, correspondería dirimirla a la Corte Suprema de Justicia de la República, según lo dispone el artículo cuarto, inciso primero, en la Ley Orgánica de Justicia Militar, por consiguiente, se han atribuido funciones Que no les corresponde incurriendo de este modo en el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de **USURPACIÓN DE FUNCIONES**, que tipifica y sanciona el artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal; que, es de rechazo tácito la argumentación del Colegiado al invocar el artículo ciento setenta y tres de la Constitución Política del Perú y sostener que el inculpado **CESTI HURTADO** está excluido de los alcances de la normatividad del artículo en mención y del Código Privativo, sin considerar que el referido inculpado no ha perdido su condición de Militar, es más, a la fecha de los hechos, mantenía una relación laboral como dependiente del Comando Logístico del Ejército, en calidad de Asesor de Seguros, circunstancias objetivas que permiten reafirmar su condición de funcionario activo y por tanto sujeto a la jurisdicción Penal Militar, a tenor de lo preceptuado en los artículos trescientos veintiuno y trescientos veintidós, in fine, del Código Castrense; que, de las consideraciones glosadas se advierte que los miembros del colegiado han incurrido también en la comisión de Prevaricato, previsto en el artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, al emitir resolución contraria al texto expreso y claro de la ley; que, el artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, refiriéndose a los principios y derechos de la función jurisdiccional, reconoce en su inciso primero la existencia de la Jurisdicción Militar y el inciso primero la existencia de la Jurisdicción Militar y en el inciso segundo declara taxativamente: "Que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano Jurisdiccional interferir en el ejercicio de sus

funciones, tampoco dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución", preservándose así la autonomía de la Justicia Militar, que también se reconoce en el artículo tercero del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar, norma ésta que es reconocida por la Lex Legem en su artículo ciento sesentiocho, que textualmente prescribe: "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; que, resulta extraño que los Vocales integrantes de la Sala Especializada de Derecho Público, Doctores Salas Villalobos, Mac Rae Thays y Castillo Vásquez, sistemáticamente vienen emitiendo resoluciones que denotan tendenciosa intromisión en los actos jurisdiccionales propios del Fuero Militar y asumiendo atribuciones jurisdiccionales de competencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, provocan una colisión jurídica entre ambos fueros, al pretender sustraer de la capacidad persecutoria del Estado al inculpado Capitán **CESTI HURTADO**, en detrimento de la disciplina y de la ejemplaridad de las sanciones; que, a mayor abundamiento, la resolución emitida por la Sala Especializada de Derecho Público, al declarar fundada la Acción de Hábeas Corpus incoada a favor del mencionado Capitán, deviene en ilegal, por cuanto la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, en su artículo seis, in fine, expresa claramente que: **"NO PROCEDEN LA ACCIONES DE GARANTIA CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL EMANADA DE UN PROCEDIMIENTO REGULAR"** que, del mismo modo, el proceder de los integrantes de la referida Sala Especializada resulta irregular, por constituir una clamorosa interferencia en los asuntos de exclusiva competencia de los Tribunales Militares, que al ser autónomos en el ejercicio de sus funciones, no pueden ni deben aceptar semejante dislate jurídico que pone en grave riesgo, no sólo su autonomía e independencia, sino, que además, atenta contra su esencia misma, al pretender menoscabar la función de cautelar la disciplina, el orden y la moralidad dentro de las Fuerzas Armadas de la Nación; que el caso resuelto por la Sala Especializada se trata de un asunto susceptible de una evaluación técnica, incompatible con la naturaleza sumarísima del procedimiento sobre garantía constitucional¹, en razón que una cuestión de competencia sobre que Fuero debe juzgar al inculpado Capitán **CESTI HURTADO**, corresponde dilucidarse siguiendo los procedimientos ordinarios, tanto más que no existe la supuesta violación del derecho constitucional que invoca el accionante; que, la Acción de Hábeas Corpus y Amparo, de acuerdo a la doctrina que le inspira, no puede llegar a constituir una supra instancia jurisdiccional capaz de revisar resoluciones dictadas dentro de un proceso regular o remover procesos fenecidos; que, la conducta funcional de los nombrados magistrados de la Sala Especializada de Derecho Público, que en principio se consideró que era consecuencia tal vez del desconocimiento de la normatividad del Derecho Penal Militar y del propio Derecho Constitucional, ha resultado deplorable porque en lugar de garantizar fallos serios y justos, de un lado, y auspiciar la creación de una jurisprudencia sabia y enriquecedora, de otro, por el contrario, se han orientado a servir a intereses subalternos, como en el caso singular del Capitán **CESTI HURTADO**, quién utilizando la Acción de Hábeas Corpus, por derechos constitucionales supuestamente violados pero con el propósito subyacente de obtener por esta vía, de trámite sumario, modificación de situaciones litigiosas que tienen sustentación específica para su trámite judicial, ha logrado que los mencionados Magistrados declaren fundada la Acción, a pesar de ir en contra de expresas disposiciones constitucionales, como las establecidas en los incisos uno, dos, tres y trece del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna; que, los mencionados Magistrados, en forma tendenciosa vienen transgrediendo consciente y voluntariamente los criterios jurídicos; jurisprudenciales y doctrinarios que sustentan las Acciones de Hábeas Corpus y Amparo, con el designio de atentar contra la autonomía e independencia del Fuero Militar; que, esa actitud se patentiza en el caso

del General **ROBLES ESPINOZA**, en el que habiendo el Supremo Gobierno, el día cinco de Diciembre de mil novecientos noventa y seis, promulgado la Ley número veintiséis mil seiscientos noventa y nueve, en la que se concede **AMNISTIA GENERAL**, la Justicia Militar, respetuosa del ordenamiento jurídico de la nación, dispuso por Ejecutoria Suprema de fecha siete de Diciembre de mismo año, aplicar el beneficio de **AMNISTIA** al mencionado General, ordenándose su excarcelación e inmediata libertad, así como, el corte de secuela del juicio y el archivamiento definitivo de la Causa, y no obstante ello, la Sala Especializada de Derecho Público, socapa de que en las Acciones de Garantía no existe sustracción de la materia y haciendo aparecer que la detención del General **ROBLES ESPINOZA** se realizó de modo arbitrario e inmotivado, por exceso y/o de manera ilegal, sin sustentar su resolución en elementos fácticos ni de derecho, es más, afirmando en forma temeraria y parcializada que la detención del referido general **ROBLES** fue un **SECUESTRO**, declara fundada la Acción de Hábeas Corpus, vale decir, la aludida Sala Especializada se pronuncia sobre hechos que se reputan olvidados, con el claro propósito de mellar la majestad del Fuero Militar; que, ésta actitud reiterada y mal intencionada de la Sala en mención, también se evidencia en el Caso del General **MAURICIO AGURTO**, al haber declarado FUNDADA la medida cautelar planteada dentro de una Acción de Amparo por éste Oficial General, ordenando se suspenda la disposición emanada de éste Supremo Tribunal, sobre pago reparación civil en la Causa que se le siguió en éste Fuero Militar, por los delitos de **INFIDENCIA Y ULTRAJE A LA NACION Y A LAS FUERZAS ARMADAS**, no obstante que éste Supremo Tribunal con anterioridad a la resolución del Colegiado había dispuesto la supresión del pago de reparación civil y el archivo definitivo de la causa, conculcando de ésta manera el texto expreso del Código de Acción de Hábeas Corpus presentada contra el General de División don Guido Guevara Guerra, por el Abogado José Pablo **CASTRO MORA**, defensor de Demetrio Limonier **CHAVEZ PEÑAHERRERA**, en la Causa que se le siguió por el delito de Traición a la Patria, el Colegiado revocando y reformando la resolución del Juez Penal, declara fundada dicha acción de garantía, en un proceso concluido, pretendiendo desconocer el régimen especial a la que están sometidas las personas que cumplen sentencia por delito de Traición a la Patria y que precisa la Ley número veinticinco mil setecientos cuarenta y cuatro, la Resolución Suprema número ciento catorce guión noventidos y el Reglamento del respectivo penal, dirigiendo la acción contra el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, sabiendo que quién ejecuta las sentencias no es el Presidente de un Fuero, sino el Juez que conoció primigeniamente de la Causa, es más, que el condenado **DEMETRIO CHAVEZ PEÑAHERRERA** carece de otros procesos penales de acuerdo con la Ley número veintiséis mil seiscientos noventa y siete, en cuyo artículo primero señala: "Cuando el agente se encuentre cumpliendo condena efectiva impuesta por el Fuero Privativo Militar, por delito de terrorismo de Traición a la Patria, con más de veinticinco años de pena privativa de la libertad, a su vez el infractor tenga otro proceso penal en giro de igualo de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la aplicada, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el Organo Jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado, en mérito de la misma; dicho Organo Jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo en la causa pendiente y ordenará archivarla; que, conforme a ésta premisa no es comprensible que la Sala Especializada de Derecho Público, afirme que el derecho de defensa del condenado **CHAVEZ PEÑAHERRERA** ha sido vulnerado y que disponga a una instancia Suprema, como es la Presidencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, permitir la entrevista entre el Abogado y su patrocinado, en clamorosa transgresión de las leyes que regulan sobre la materia; que, de esta forma el fundamento de la resolución que revoca la sentencia pronunciaba por el Juez del Cuarentiun Juzgado Penal del Lima, de fecha once de Diciembre de mil novecientos noventa y seis, resulta absurda, carente de todo sustento, prejuiciosa y apresurada, y lo más grave ha obviado la aplicación de una Ley de estricto cumplimiento; que, de las mencionadas

disposiciones constitucionales y legales, aparece con nitidez inocultable, que la precitada resolución de la Sala Especializada del Fuero Común, no puede prevalecer sobre esas normas, y que por incompatibilidad, debe aplicarse la prioridad a la que se contrae el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado; que, de otro lado, en correspondencia con los considerandos glosados, se establece que la conducta funcional de los señores Vocales Salas Villalobos, Mac Rae Thays y Castillo Vásquez, integrantes de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, está orientada a proteger a grandes infractores de la ley penal que con sus actos han agraviado no sólo al Estado Peruano sino la sociedad misma, tal es el caso del narcoterrorista “**VATICANO**”; igualmente, pretenden por la vía indirecta-Acción de Garantía, sustraer al Capitán Ejército Peruano **CESTI HURTADO** de la acción persecutoria del Estado, usurpando funciones de órganos jurisdiccionales superiores; que, también se desliza de sus sentencias una orientación netamente política, tendente a satisfacer sus apetitos personales, así como, intereses de ciertos grupos que, ésta consideración se confirma con la argucia de tomar como pretexto el uso de la significación marginal de las disposiciones legales con que se sustentan sus resoluciones, asignándoles un sentido totalmente extraño al que razonablemente les corresponde, contrario a todo rigor interpretativo, escabulléndose, de ésta manera los nombrados magistrados, por el vedado camino de modificar y de naturalizar la norma jurídica, en una actitud prevaricadora; que, siendo ello así, la conducta funcional de los mencionados magistrados reviste organismos de control del Poder Judicial y el Ministerio Público; en consecuencia **SE RESUELVE**: Declarar **INAPLICABLE** la resolución de la Sala Especializada de Derecho Público, de fecha doce de Febrero de mil novecientos noventa y siete, emitida en el expediente número trescientos treinta y cinco guión noventa y siete; y, conforme al estado de la presente causa, **MANDO**: Reiterar las órdenes de búsqueda y captura dictadas contra el inculpado Capitán Ejército Peruano, en situación de retiro, Gustavo Adolfo **CESTI HURTADO**; **SE DISPONE**: Que la presente resolución sea puesta en conocimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Organo de Control Interno del Poder Judicial, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y Fiscal de la Nación, para los fines legales consiguientes.- **TR., REG. Y NOTIFIQUESE.**

1.3. RESOLUCIÓN DE LA SALA DE DERECHO PÚBLICO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹³⁷

Exp. N° 335-97

SS: FERREYROS PAREDES
GONZALES CAMPOS
CANELO RAMIREZ
CASTILLO VASQUEZ
MONTES RENGIFO

Lima, 06 de marzo de 1997.-

Dado en cuenta del oficio numero 109-SG-CSJM del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha veintisiete de febrero ultimo y de su acompañado: y, ATENDIENDO: Primero.- a que, el proceso de Habeas Corpus, a que se refiere la resolución transcrita por el referido tribunal ha concluido con sentencia final favorable al recurrente, la misma que constituye cosa juzgada, tal como lo dispone el artículo ocho de la Ley veintitrés mil quinientos seis, de Habeas Corpus y Amparo; Segundo.- a que, en ese sentido debe tenerse presente que la citada transcripción no constituyendo acto procesal alguno que esté contemplado por la citada Ley veintitres mil quinientos seis, y que sea capaz de alterar o invalidar lo resuelto por la Sala Especializada de Derecho Público: Tercero.- a que, este accionar

¹³⁷ VALLE-RIESTRA, Javier, ob. Cit. P. 111-112.

del Tribunal Militar no está previsto en la Constitución Política ni en la Ley ni su articulación no está contemplada como medio impugnatorio por lo que, por consiguiente no podría ser merituada; Cuarta.- a que, es evidente que dicha transcripción sólo proceso de Habeas Corpus, pues la finalidad que emana de la misma no es susceptible de trámite alguno, toda vez que, la resolución judicial recaiga en el asunto sub-materia dictada por la Sala Especializada de Derecho Público, que es el Organo Jurisdiccional que ha administrado justicia en nombre de la Nación, tiene autoridad de cosa juzgada, y, como tal que se aplicable el Principio Constitucional de la Función Jurisdiccional, que prohíbe revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; Quinto.- a que, igualmente, cabe incidir en que está plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, que corresponde al Jefe de Estado hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los Organos Jurisdiccionales, conforme lo enuncian los artículos ciento diez y ciento dieciocho inciso noveno de la Carta Magna que nos rige: Sexto.- a que, asimismo y de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política, concordante con el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales, y ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de Cosa Juzgada, ni modificar su contenido ni retardar su ejecución, bajo responsabilidad; a que, en consecuencia; DISPUSIERON, el archivo de dicha transcripción, haciendo esta, resolución de conocimiento del Señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, así como la de aludida comunicación, con la debida nota de atención.-

1.4. RESOLUCION DEFENSORIAL N° 012-97/DP¹³⁸

VISTOS:

PRIMERO. Queja presentada. El 28 de febrero de 1997, el señor Gustavo Cesti Hurtado, Capitán EP en situación de retiro, presentó queja a la Defensoría del Pueblo por la amenaza de violación de su derechos fundamentales, específicamente de su libertad individual y de su libertad de tránsito, debido a la inminente ejecución de una orden de detención dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Precisa al quejoso que dicha orden fue dejada sin efecto por la sentencia definitiva de fecha 12 de febrero de 1997, dictada por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima al haberse declarado fundada la demanda de hábeas corpus presentada a su favor.

Posteriormente, con fecha 10 de marzo, la esposa del quejoso presentó un escrito a la Defensoría del Pueblo en el que reitera su preocupación por el incumplimiento de la sentencia que estima la pretensión de hábeas corpus, indicando que se ha dispuesto la detención definitiva de su esposo y que el Vocal Instructor General EP Raúl Talledo ha dictado una resolución, de fecha 26 de febrero, declarando inaplicable la sentencia de hábeas corpus. La resolución del Vocal Instructor, que acompaña a su escrito, precisa en su parte considerativa que el artículo 139° inciso 1) de la Constitución reconoce al fuero militar exclusividad en la función jurisdiccional penal militar. Agrega, que los magistrados de la Sala de Derecho Público han asumido funciones reservadas a los magistrados militares, incurriendo de este modo en delito contra la administración pública en la modalidad de usurpación de funciones. Precisa, además, que el quejoso no ha perdido su condición de militar, indicando que a la fecha de los hechos mantenía una relación laboral como dependiente del Comando Logístico del Ejército, en calidad de asesor de seguros.

¹³⁸ VALLE-RIESTRA, Javier, ob. Cit. P. 115-121.

SEGUNDO. Principales actuaciones realizadas.- Admitida la queja, a través de la Oficina de Protección de la Defensoría del Pueblo, se realizaron las acciones inmediatas previstas en la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo constatando la situación de detención del quejoso, así como verificando el estado del proceso de hábeas corpus presentado a su favor. Asimismo, se solicitó información al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar sobre la situación del quejoso Y sobre las razones de su detención. Finalmente, se contó con el informe elaborado por el Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales.

TERCERO. Informe de la entidad quejada.- Mediante oficio de fecha 3 de marzo, el Coronel José Salcedo Hankory, Secretario General del Consejo Supremo de Justicia Militar, remitió a la Defensoría del Pueblo la información solicitada. En el referido informe manifiesta que el Capitán EP (r) Gustavo Cesti Hurtado se encuentra con instrucción abierta ante la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar debido a la denuncia formulada por el Comando del Ejército por el delito de defraudación. Precisa que el quejoso se encuentra procesado por los delitos de desobediencia, contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude en agravio del Estado-Ejército Peruano, pues se le imputa haber defraudado al Estado en su calidad de agente de seguros del Ejército ante la Compañía de Seguros Popular y Porvenir. Indica que la vocalía de instrucción decretó mandato de comparecencia contra el quejoso y como éste no acudió a prestar su declaración instructiva dispuso su detención provisional ordenando su captura e impedimento de salida del país. En relación a la sentencia de hábeas Corpus, considera que los magistrados de la Sala Especializada de Derecho Público han asumido funciones reservadas a los magistrados militares dentro de un proceso legalmente instaurado al pretender dejar sin efecto resoluciones que han adquirido el carácter de cosa juzgada, así como pronunciándose a priori sobre una cuestión de competencia no deducida, que de haber sido planteada conforme a ley, correspondería dirimirla a la Corte Suprema de la República, según lo dispone el artículo 4° inciso 1) de la Ley Orgánica de Justicia Militar, incurriendo de ese modo, en usurpación de funciones.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Alcances y competencia del control defensorial.- El artículo 162° de la Constitución y el artículo 9°, inciso 1) de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, disponen que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Uno de los objetivos fundamentales del control defensorial es velar por el respeto de los derechos constitucionales, cuya vigencia resulta fundamental para la existencia de un régimen democrático. En este sentido, la Defensoría del Pueblo no intenta suplir ni interferir en las funciones que corresponden a los restantes órganos constitucionales, sino brindar una protección complementaria y reforzada a los ciudadanos que sienten afectados sus derechos. Además, de conformidad con el artículo 9° inciso 2) de la Ley N° 26520 el Defensor del Pueblo está legitimado para iniciar las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data con la finalidad de proteger en sede jurisdiccional los derechos de las personas. Incluso está facultado, de acuerdo con el segundo párrafo del citado dispositivo, a intervenir en los procesos de hábeas corpus para coadyuvar la defensa del perjudicado.

El ejercicio del control defensorial no puede ser obstaculizado por ninguna autoridad, funcionario o persona, pues la misión constitucional de "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad"

carece de restricciones para ello. Es más, como se ha indicado, el Defensor del Pueblo no sólo tiene legitimación en materia de hábeas corpus, sino que en los procesos que él no ha iniciado puede coadyuvar activamente a la defensa del perjudicado. De esta manera, a interpretación sobre el ejercicio del control defensorial está orientada por una óptica destinada a garantizar, prioritariamente, la protección de los derechos de las personas, sin afectar ni alterar las competencias constitucionales establecidas de los diversos órganos e instituciones del Estado.

SEGUNDO. Carácter definitivo de la resolución de hábeas corpus.- El 12 de febrero de 1997 la Sala Especializada de Derecho Público (Exp. N° 335-97), revocó la resolución de primera instancia y declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada por el quejoso. La Sala ordenó el levantamiento inmediato de la orden de detención y el impedimento de salida del país, así como suspendió la tramitación del proceso seguido ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

De acuerdo con el artículo 15° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, concordante con los artículos 41 y 4 disposición transitoria de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contra dicha sentencia no cabe interponer recurso alguno. En consecuencia, se trata de una decisión judicial definitiva que debe ser cumplida de inmediato.

La ejecución de una decisión final de hábeas corpus no sólo es fundamental para la plena vigencia de este proceso constitucional, sino además para el respeto del derecho al debido proceso. Y es que no puede existir un debido proceso si una sentencia firme y definitiva no se cumple. Así lo indicó la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de enero de 1997, recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 265599, Expediente N° 006-97AI/TC, El Peruano, 7 de marzo de 1997, cuando formuló y dio respuesta a la siguiente interrogante: "¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso". Cabe indicar, que de acuerdo con la primera disposición general de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

TERCERO. Procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona.- La finalidad de todo proceso de hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de este constitucional sólo se trata de determinar si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del referido derecho. De ahí que el análisis del presente caso, en el cual el centro del debate es la vigencia de hábeas corpus frente a la justicia militar, se efectúe con independencia de las consideraciones que se haya tenido presente para involucrar al quejoso en un proceso penal militar por la comisión de los delitos que se le imputan. No debe interpretarse, en consecuencia, que la vigencia del derecho a la libertad individual y eficacia de una sentencia de hábeas corpus que lo protege constituye una pretensión de exonerar al quejoso del juzgamiento correspondiente por los presuntos delitos cometidos, cuya responsabilidad deberá esclarecer ante el juez natural. La Defensoría del Pueblo en el presente caso, ni en ningún otro, es el órgano competente para determinar la eventual responsabilidad penal del quejoso.

Efectuado el deslinde anterior, resulta esencial reconocer que conforme al artículo 200° inciso 1) de la Constitución, el hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Una adecuada interpretación de la Constitución no puede permitir la existencia de zonas, órganos o instituciones exentas del control constitucional a las cuales no les sea de aplicación los alcances de hábeas corpus. Es más, para la Defensoría del Pueblo el control constitucional forma parte inseparable de la idea de Constitución; en consecuencia no resultan admisibles interpretaciones que restrinjan o desnaturalicen una institución central en todo ordenamiento democrático como es el proceso de hábeas corpus.

De otro lado, el artículo 139° inciso 1) de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. En esta dirección, el artículo 173° del texto constitucional señala que en caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Los referidos dispositivos constitucionales establecen la competencia de los tribunales militares sin referirse expresamente al proceso de hábeas corpus y, evidentemente, sin establecer que éste no procede frente a las decisiones de la justicia militar.

Además, debe precisar que la competencia del juez de hábeas corpus nace de la propia constitución. En estos casos los magistrados de la Corte Superior actúan como verdaderos jueces constitucionales y, por tanto, su sentencia no puede ser desconocida ni “inaplicada” por ninguna otra autoridad, sea civil o militar. De ahí que, al conocer dicho proceso constitucional no hayan usurpado funciones reservadas a los jueces militares pues solo han actuado como jueces constitucionales a quienes compete, sin lugar a dudas, resolver el proceso de hábeas corpus.

Por lo demás, tratándose de hábeas corpus carece de sustento constitucional sostener que la Corte Suprema es la instancia que debe determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, es decir, si conocer de éste proceso le corresponde a la justicia ordinaria –en rigor, constitucional- o a la justicia militar, sencillamente porque el hábeas corpus sólo puede ser tramitado ante el Poder Judicial y, cuando la resolución es denegatoria, ante el Tribunal Constitucional. Y es que el ordenamiento jurídico peruano no existe norma que permita que los tribunales militares tramiten el hábeas corpus. Dicho proceso, como ha sucedido en el presente caso, concluye en la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, siempre que la sentencia declare fundada la demanda. En consecuencia, carece de sustento considerar que la Corte Suprema puede dirimir un supuesto conflicto de competencia cuándo los únicos órganos autorizados para conocer del hábeas corpus son el Poder Judicial y, en caso que la resolución sea denegatoria, el Tribunal Constitucional.

De esta manera, el incumplimiento de una resolución estimatoria de hábeas corpus por parte de cualquier autoridad, vulnera el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, que contempla al hábeas corpus como garantía constitucional, así como el respeto al debido proceso reconocido por el artículo 139° inc. 3) de la Constitución. Pero, además, afecta la vigencia del principio democrático que exige que todas las instituciones estatales respeten las decisiones judiciales firmes recaídas en los procesos de hábeas corpus.

Este incumplimiento, también vulnera expresas declaraciones y tratados

internacionales aprobados por el Estado peruano que, de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, deben ser obligatoriamente tomados en cuenta para interpretar los derechos que la Constitución reconoce. Estos instrumentos internacionales garantizan que toda persona cuente con un recurso efectivo ante los tribunales para la tutela de su derechos, situación que en el presente caso se viene desconociendo. Así lo dispone el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2° inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 7°, párrafo 6) y 25°, párrafo 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

SE RESUELVE:

Artículo primero.- RECOMENDAR al Juez Penal ante quien se inició el proceso de hábeas corpus, al Presidente de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, y al Presidente de la Corte Suprema de la República, que lleven a cabo todas las acciones necesarias para disponer el inmediato cumplimiento de la sentencia estimatoria de hábeas corpus.

Artículo segundo.- RECOMENDAR al Consejo Supremo de Justicia Militar que cumpla con la sentencia dictada en el proceso de hábeas corpus por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin perjuicio de que las investigaciones continúen ante el órgano judicial competente para determinar la eventual responsabilidad penal del señor Gustavo Cesti Hurtado.

Jorge Santistevan de Noriega. Defensor del Pueblo

1.5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO CESTI HURTADO¹³⁹

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1999

En el caso Cesti Hurtado,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces(*):

Antonio A. Cancado Trindade, Presidente

Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente

Oliver Jackman, Juez

Alirio Abreu Burelli, Juez

Sergio García Ramírez, Juez y

Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez

(....)

PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto, **LA CORTE**,

DECIDE

Por unanimidad:

1. declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, los artículos 7, 6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 123 a 133 de la presente sentencia, y ordenar que dé cumplimiento a la resolución dictada por la Sala

¹³⁹ VALLE-RIESTRA, Javier, ob. Cit. P. 136-138.

Especializada de Derecho Público de Lima el 12 de febrero de 1997, sobre el recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Cesti Hurtado.

2. declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 7.1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 140 a 143 de la presente sentencia.

3. declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en el párrafo 151 de la presente sentencia.

4. declarar que en este caso no fue probado que el Estado peruano haya violado, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en el párrafo 152 de la presente sentencia;

5. declarar que en este caso no fue probado que el Estado peruano haya violado, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en el párrafo 160 de la presente sentencia;

6. declarar que el Estado peruano violó, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 166 a 170 de la presente sentencia;

7. declarar que en este caso no fue probado que el Estado peruano haya violado, en perjuicio del señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, los artículos 1 y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos señalados en los párrafos 177, 178 y 183 de la presente sentencia;

8. declarar que el juicio seguido contra el señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado en el fuero militar es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan;

9. declarar que el Estado peruano está obligado a pagar una justa indemnización al señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y a resarcirle los gastos en que hubiera incurrido en las gestiones relacionadas en el presente proceso, y

10. ordenar abrir la etapa de reparaciones y comisionar a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el día 29 de septiembre de 1999.

1.6. COMENTARIO

La Sala Especializada de Derecho Público, revocó la resolución de primera instancia y declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada por el accionante Cesti Hurtado. La decisión de la Sala fue ordenar el levantamiento inmediato de la orden de detención y el impedimento de salida

del país, así como suspender la tramitación del proceso seguido ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, éste último declaró inaplicable la resolución de la Sala Especializada de Derecho Público, al considerar que constituía una interferencia en los asuntos de exclusiva competencia de los Tribunales Militares, hecho que ponía en grave riesgo, no sólo su autonomía e independencia, sino, que además, atentaba contra su esencia misma, al pretender menoscabar la función de cautelar la disciplina, el orden y la moralidad dentro de las Fuerzas Armadas de la Nación. Asimismo, consideraba que al tratarse de un procedimiento regular, no procedía la acción de garantía contra la aludida resolución.

Es de aclarar, que en efecto, la Sala de Derecho Público es competente para resolver la cuestión planteada, y que de acuerdo con el artículo 15° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo (vigente al momento de ocurrido los hechos), concordante con los artículos 41° y Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contra dicha sentencia no cabe interponer recurso alguno, tratándose, de una decisión judicial definitiva que debe ser cumplida.

Como bien refiere el Informe Defensorial No. 012-97/DP, “la finalidad de todo proceso de hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de esta vía constitucional se trata de determinar si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del referido derecho”.

La competencia del juez de hábeas corpus nace de la propia constitución, por lo que los magistrados de la Corte Superior actúan como verdaderos jueces constitucionales y, por tanto, su sentencia no puede ser desconocida ni “inaplicada” por ninguna otra autoridad, sea civil o militar. De ahí que, al conocer dicho proceso constitucional no hayan usurpado funciones reservadas a los jueces militares pues solo han actuado como jueces

constitucionales a quienes compete, sin lugar a dudas, resolver el proceso de hábeas corpus. Por la misma razón, “carece de sustento constitucional sostener que la Corte Suprema es la instancia que debe determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, dado que el hábeas corpus sólo puede ser tramitado ante el Poder Judicial y, cuando la resolución es denegatoria, ante el Tribunal Constitucional (Informe Defensorial No. 012-97/DP).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 29 de septiembre de 1999, determinó que en efecto, el Estado peruano había vulnerado una serie de derechos del accionante Cesti Hurtado, entre los cuales figuran el derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a la libertad de conciencia (artículo 12), obligación de los Estados Partes de respetar los derechos que conforman la CADH (artículo 1), derecho que tiene toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8.1), la garantía de que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (artículo 8.2).

Ante esta situación la CIDH señaló que el proceso seguido en el fuero militar es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ordenó al Estado peruano anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivaban. Por último declaró que el Estado peruano estaba obligado a pagar una justa indemnización al señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado y a resarcirle los gastos en que hubiera incurrido en las gestiones relacionadas el proceso.

2. CASO JAIME SALINAS SEDO

2.1. EJECUTORIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR¹⁴⁰

Exp N° 1901-Of-92, 31 de marzo de 1993

VISTOS; En Sala Revisora; la causa seguida contra el General de División Ejército

¹⁴⁰ Tomado de ALVARADO GONZALVEZ, Pepe, *Jurisprudencia Militar. Penal-Parte Especial*, Lima, 2002, p. 100-110.

Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDÓ y otros, por el delito de Rebelión Militar y otros; leído la vista del Señor Fiscal General; leído el escrito del Procurador Público del Ministerio de Defensa y del Ejército; oído los informes orales sobre hechos, formulados por los sentenciados Generales de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDÓ y José Gabriel PASTOR VIVES, General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernández OBANDO SALAS; Víctor Ernesto OBANDO SALAS y Luís SORIANO MORGAN; Coronel Ejército Peruano, en Situación de Disponibilidad José Rosendo CHAVEZ BEGAZO y Mayor Ejército Peruano en Situación de Retiro César Alberto CACERES HARO, en uso de las atribuciones concedida por el artículo seiscientos cincuenta del Código de Justicia Militar; oído al Abogado Defensor de Oficio de este Supremo Tribunal, oído y leídos los alegatos de los Abogados Defensores de los sentenciados;

CONSIDERANDO: Que, los hechos incriminados a los procesados, Generales de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDO y José Gabriel PASTOR VIVES; General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernando ABANDO SALAS; Víctor Ernesto OBANDO SALAS y Luís SORIANO MORGAN; Coroneles Ejército Peruano en Situación de Retiro Jorge Ramón NOBLECILLA MERINO; César MARTINEZ URIBE RESTREPO y Víctor Elar GRANDA GUZMAN; Coroneles Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Wilder SANCHEZ GAMBINI, Jaime GUTIERREZ TOVAR y José MONTERO MENDEZ; Tenientes Coroneles Ejército Peruano en Situación de Retiro Marko Antonio ZARATE ROTTA, Arturo MORENO ALCÁNTARA y Enrique AGUILAR DEL ALCÁZAR, Tenientes Coroneles en Situación de Disponibilidad, José ROSENDO CHAVEZ BEGAZO, Luís Antonio RUIZ y URQUIZO, Pedro Manuel TELLO DELGADO, Carlos GUILLERMO GALDOS CHACON, César Rosendo CISNEROS, Eduardo Percy SOLANO PIMENTEL; Mayores Ejército Peruano en Situación de Retiro César Alberto CACERES HARO, Hugo ORMEÑO HUAPAYA y Salvador CARMONA BENASCONI; Mayor Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Félix Alfonso CASTRO GOMEZ DE LA TORRE y Capitán Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Federico Arturo MALAGA RUBIRA, se encuentra debidamente acreditados en autos; que por la forma de circunstancias como ocurrieron los hechos, revisten gravedad, no sólo por atentar contra la vida del Señor Presidente de la República Ingeniero Alberto FUJIMORI FUJIMORI y el Doctor Vladimiro MONTESINOS TORRES, sino también contra la seguridad del Estado y la tranquilidad Pública; con la de haber sido ejecutados por Oficiales de alta graduación, que utilizando su jerarquía y prerrogativas, pretendieron desestabilizar el orden interno del País; Que, el sentenciado Coronel Ejército Peruano Víctor Elar GRANDA GUZMAN, en los momentos del inicio de la Rebelión fue a verificar la situación real de las tropas en la Décima Octava División Blindada del Ejército (Fuerte Rímac), lo que determina una activa participación en los hechos, agravando su responsabilidad penal; División Blindada cuya jefatura, de haber tenido éxito a Rebelión Militar habría sido asumido por el General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernández OBANDO SALAS, quien al momento de la rebelión se encontraba en la Situación de Actividad, el mismo que para cumplir este objetivo, lideró, organizó y comprometió a un grupo de Oficiales del Ejército Peruano; Que, sólo se ha acreditado en autos por parte del sentenciado Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Jaime GUTIERREZ TOVAR una conducta negligente al no dar cuenta a su Comando el compromiso de participación en el movimiento del que trató de inducirlo su co-sentenciado Coronel César MARTINEZ URIBE RESTREPO; Que, la Jurisdicción Penal Militar es competente para conocer el presente caso por cuanto el artículo doscientos ochenta y

dos de la constitución establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales Nacional por delitos de Función están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar; asimismo, en el artículo trescientos veintiuno del acotado Código Castrense se precisa que son militares para los efectos del citado Código: los que, de acuerdo con las Leyes Orgánicas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que rigen al personal de las distintas Armas y Servicios, TIENEN GRADO MILITAR o prestan Servicio Militar, ya que este atributo es de por vida y sólo puede ser retirado por sentencia Judicial, conforme lo indica el artículo doscientos ochenta y cuatro de la Constitución, es decir, el Oficial esté en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro, sigue teniendo la condición de militar y por tanto sometido al Fuero respectivo, más aún si en el presente caso los cabecillas de este movimiento y el resto de Oficiales en su gran mayoría son Oficiales Generales, Superiores y Subalternos en la Situación de Actividad, quienes utilizaron para sus fines propuestos: vehículos militares, armamento y munición del Ejército, además que los acontecimientos se desarrollaron en gran parte en Cuarteles, haciendo participar a personal de tropa del Servicio Militar Obligatorio; por otra parte el Decreto Legislativo número setecientos cincuenta y dos, Ley de Situación Militar, al preceptuar en su artículo doce que: "Los Oficiales en Situación de Actividad y/o Disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar y al de los Consejos de Investigación de cada Instituto", esta disposición en el caso concreto de autos, deviene en inaplicable por contravenir lo dispuesto en el artículo ochenta y siete de la Constitución sobre la jerarquía de normas jurídicas, debido a que por mandato expreso de la norma constitucional contenida en el artículo doscientos ochenta y uno determina la aplicación exclusiva del Código de Justicia Militar, concordado con el párrafo dos del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar que estipula que los Tribunales Militares están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad el orden y la disciplina, así como su organización y funcionamiento se rige exclusivamente por las normas que contiene esta Ley y el Código Privativo Militar, lo que significa que la modificación o derogatoria de este cuerpo legal debe efectuarse expresamente y no mediante citas de normas de carácter administrativo como es la Ley de Situación Militar; Que es un error interpretar para el caso de las Fuerzas Armadas que el delito de función es sólo aquello cometido en acto de servicio, es decir, desempeñando un empleo, o considerar que son sólo los delitos contemplados en la Sección Sexta: De lo Delitos Contra los Deberes de Función y de las Infracciones en el Ejercicio de Mando o Autoridad; en otra interpretación de los sentenciados éstos pretenden hacer aplicables las normas del Código Penal Común amparándose en su condición de militares en la Situación de Retiro; Que el acto de servicio es sólo un aspecto administrativo al que no puede reducirse el delito de función sino que éste debe ser interpretado teniendo en consideración la delicada misión asignada a las Fuerzas Armadas, cual es garantizar la Independencia, Soberanía e Integridad Territorial de la República; así como asumir el control del orden interno de conformidad con el artículo doscientos treinta y uno, conforme lo prevé el artículo doscientos sesenta y cinco; más aún si en el presente caso, los Oficiales en Retiro de hecho han asumido funciones de mando y comando inherente a su grado, al disponer el empleo de Unidades, material, vehículos, armamento y munición; Que, en lo que concierne al derecho de insurgencia, es necesario tener en cuenta que lo preceptuado en el artículo ochenta y dos de la Constitución, al señalar que: "...El pueblo tiene derecho de insurgir en defensa del orden Constitucional", no se refiere a las fuerzas Armadas que conforme al artículo doscientos setenta y ocho: "...Están subordinadas al poder constitucional", en razón de que éstas se rigen por sus Leyes y Reglamentos respectivos conforme a lo dispuesto

por el artículo doscientos setenta y cuatro de la Constitución, vale decir existe un régimen especial, en razón de que en ninguna Ley ni Reglamentos Militares se indican que el Ejército puede insurgir, dado que su organización es eminentemente jerarquizado y esta subordinado al Poder Constitucional; puesto que dar el derecho de insurgencia a la Fuerzas Armadas determinaría que una Unidad o gran Unidad podrían hacer uso de él, con las consecuencias funestas de desatar enfrentamientos internos y hasta una guerra civil, que llevaría a la destrucción del Estado; en el caso materia de autos los fines perseguidos por los sentenciados ha sido netamente egoísta y personalista, ya que pretendieron apoderarse del poder, conforme aparece en los propios planes y proyectos de Resoluciones Supremas encontrados a los cabecillas del citado movimiento en el que se auto designan cargos, entre otros, el General SALINAS SEDÓ como Comandante General del Ejército, el General de Brigada Manuel Fernando OBANDO SALAS como Comandante General de la Décima Octava División Blindada, Rímac, así como el resto de Oficiales Generales se designaban en otros empleos; Que, en lo que respecta a la Excepción procesal penal de Naturaleza de Acción deducida, el artículo cuatrocientos quince del Código de Justicia Militar establece que las UNICAS EXCEPCIONES que se pueden interponer son: Declinatoria de Jurisdicción, Prescripción, Cosa Juzgada y Amnistía; como puede apreciarse, en el Derecho Penal Militar Peruano es improcedente admitir la excepción de Naturaleza de Acción establecida en el Código Procesal Penal Común, y siendo esto así, no es aplicable lo dispuesto en el artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar, que sólo permite aplicar las disposiciones de los Códigos Comunes en los casos no previstos en él, y se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones, además, en el aspecto sustantivo dicha excepción de naturaleza de acción es sólo para el caso de que la conducta denunciado no esté descrita en forma expresa o inequívoca como delito en la ley penal, que no es el caso de autos; por otra parte la pena y la reparación civil a imponerse debe guardar relación con la magnitud de los acontecimientos y los daños causados al Patrimonio Público y Privado, que debe ser abonado en forma equitativa y proporcional a la responsabilidad de uno de ellos; con lo expuesto en la Vista del señor Fiscal General, y estando de acuerdo con lo opinado por el Señor Auditor General del Consejo Supremo de Justicia Militar; absolviendo el grado y con lo expuesto en el acto de la deliberación; **DECLARARON:** INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN promovida por el Abogado Defensor del General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDÓ; **CONFIRMARON:** La sentencia de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fojas dos mil seiscientos sesenta y ocho, de fecha dieciocho de febrero de mil novecientos veintitrés, que **DECLARA:** INFUNDADA Y SIN LUGAR las tachas e impugnaciones ejercitados por los Abogados Defensores contra las Pericias Grafotécnicas y declaraciones testimoniales; **ABSUELVE:** al acusado General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Luís Felipe PALOMINO RODRIGEZ, del delito de Rebelión Militar por improbadado, y sin lugar a pago de Reparación civil; **ABSUELVE,** al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad NELSON RITO VILELA ARANAGA, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbadados, y sin lugar a pago de reparación civil; **ABSUELVE:** al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Víctor ROMERO JARRIN, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Negligencia y Tentativa de Homicidio, por improbadados, y sin lugar al pago de Reparación civil; **ABSUELVE:** al Mayor Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Guillermo Felipe HERRERA ROSAS, de los

delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados y sin lugar a pago de Reparación Civil; ABSUELVE: al Mayor Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Víctor Manuel DE LA OLIVA ITURREGUI, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, y sin lugar al pago de reparación Civil; ABSUELVE: al Capitán Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Marco Antonio MANYARI PATIÑO, de los Delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Negligencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, y sin lugar a pago de reparación Civil; ABSUELVE: al Capitán Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Germán MARIN CASTRO de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Negligencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, y sin lugar a pago de Reparación Civil, ABSUELVE: al Teniente Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Róger Martín PACHARI SAAVEDRA, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Negligencia, contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, y sin lugar a pago de rebelión Civil: DISPONE: la anulación de los antecedentes Judiciales de estos procesados y el archivamiento de la causa en cuatro de ellos, una vez que queda consentida o ejecutoriada la sentencia conforme a Ley; ABSUELVE: al General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDO de los delitos de Insulto al Superior y Contra la Administración de Justicia por improbados, lo CONDENA: como autor de los delitos de Rebelión Militar, con la del delito de Posesión Ilegal de Armas y Tentativa de Homicidio, en agravio del Señor Presidente de la República Ingeniero Alberto FUJIMORI FUJIMORI y del Doctor Vladimiro MONTESINOS TORRES, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el catorce de noviembre del año dos mil, fecha que será puesto en libertad; ABSUELVE: al acusado General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Luís SORIANO MORGAN, de los delitos de Insulto al Superior y Contra la Administración de Justicia por improbados; lo CONSIDERA: como autor del delito de Rebelión Militar con la del delito de Tentativa de Homicidio en agravio del Señor Presidente de la República Ingeniero Alberto FUJIMORI FUJIMORI y del Doctor Vladimiro MONTESINOS Torres, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, que continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, que con descuento de la detención que viene cumpliendo vencerá el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de reparación civil cincuenta mil nuevos soles a favor del Estado-Ejército Peruano; ABSUELVE: al General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernando OBANDO SALAS, del delito Contra la Administración de Justicia; LO CONDENA como autor del delito de rebelión Militar con la de los delitos de Insulto al Superior, en agravio del General de Ejército Comandante General del Ejército, y Tentativa de Homicidio, en agravio del Doctor Vladimiro MONTESINOS TORRES; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano en Situación de Retiro Jorge Ramón NOBLECILIA MERINO, de los delitos de Negligencia, Contra la Administración de Justicia, Tentativa de Homicidio y Desobediencia por improbados; LO CONDENA: como el autor del delito de Rebelión Militar con la del delito de Insulto al Superior, en agravio al Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, que la continuará cumpliendo en el Penal Militar indicado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene cumpliendo

vencerá el veinticuatro de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que será puesto en libertad, y al pago de la suma de diez mil nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE; al Teniente Coronel Ejército Peruano, en Situación de Retiro Enrique AGUILAR DEL ALCAZAR, de los delitos de Negligencia, Contra La Administración de Justicia, Desobediencia y Tentativa de Homicidio, por improbados; LO CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, que continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de Noviembre, fecha en que será puesto en libertad, y al pago de la suma de cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil, a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE al Mayor Ejército Peruano en Situación de Retiro César Alberto CACERES HARO, de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia, por improbados; lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar, con la de los delitos de Posesión Ilegal de Armas, Tentativa de Homicidio, en agravio del Doctor Vladimiro MONTESINOS TORRES e Insulto al Superior, en agravio del Señor General del Ejército, Comandante General del Ejército, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, que continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fecha que será puesto en libertad, debiendo abonar la suma de cuatro mil nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado Ejército Peruano; ABSUELVE al Mayor en Situación de Retiro Hugo ORMEÑO HUAPAYA, de los delitos Contra la Administración de Justicia y Desobediencia por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la agravante de los delitos de Negligencia, Tentativa de Homicidio, en agravio del Señor Presidente de la República e Insulto al Superior, en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, que la continuará cumpliendo en el Penal Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de reparación civil la suma de cuatro mil nuevos soles, a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército en Situación de Retiro Marko Antonio ZARATE ROTTA, de los delitos de Negligencia, contra la Administración de Justicia, Desobediencia y Tentativa de Homicidio por improbados; lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la. del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General del Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, que la continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar la suma de cuatro mil nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado Ejército Peruano; ABSUELVE: al Teniente Coronel en Situación de Retiro Arturo MORENO ALCANTARA, de los delitos de Negligencia, Tentativa de Homicidio por improbados, LO CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la agravante del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, que lo continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en que será puesto en libertad y al pago de la suma de cinco mil nuevos

soles en concepto de reparación civil a favor del Estado-Ejército Peruano; ABSUELVE: al acusado Mayor Ejército Peruano en Situación de Retiro Salvador CARMONA BERNASCONI, de los delitos de Insulto al Superior, Desobediencia, Negligencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN que continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y siete, fecha en que será puesto en libertad, y al pago de la suma de tres mil quinientos nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado - Ejército Peruano en Situación de Retiro Víctor Ernesto OBANDO SALAS, de los delitos de insulto al Superior, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, que la continuará cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de reparación civil la suma de veinte mil nuevos soles, a favor del Estado Ejército ABSUELVE: al General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro José Gabriel PASTOR VIVES, de los delitos de Insulto al Superior, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano en Situación de Retiro César MARTINEZ URIBE RESTREPO, de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la agravante del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, que continuará cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar la suma de ocho mil nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado Ejército Peruano; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano en Situación de Retiro Víctor Elar GRANDA GUZMAN, de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio, por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la agravante del delito de Insulto al Superior en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército; ABSUELVE: al Capitán Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Federico Arturo MALAGA RUBIRA, de los delitos de Rebelión Militar, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor de los delitos de Desobediencia y Negligencia a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA, que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar y que vencerá el dieciocho de Febrero de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que será puesto en libertad, y al pago de la suma de quinientos nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad José MONTERO MENDEZ, de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con el Agravante del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA, que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar, y que vencerá el dieciocho de Abril

de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en que será puesto en libertad, y al pago de la suma de dos mil nuevos soles en concepto de reparación civil, a favor del Estado Ejército Peruano; ABSUELVE: al Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Jaime GUTIERREZ TOVAR, de los delitos de Negligencia, Contra la Administración de Justicia, Desobediencia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General del Ejército Comandante General del Ejército; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Eduardo Percy SOLANO PIMENTEL, de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar con la del delito de Insulto al Superior, en agravio del Señor General Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN EFECTIVA, que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar, y que vencerá el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de reparación civil la suma de un mil nuevos soles, a favor de Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Pedro Manuel TELLO DELGADO de los delitos de Negligencia, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Rebelión Militar como la del delito de Insulto al Superior. en agravio del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército, a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN EFECTIVA, que seguirá cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar y que vencerá el dieciocho de Octubre de mil novecientos noventa y tres, fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de reparación civil la suma de un mil nuevos soles a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE: Al Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Wilder SANCHEZ GAMBINI, de los delitos Contra la Administración de Justicia y Desobediencia; lo CONDENA: como autor del delito de Negligencia. a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN EFECTIVA que seguirá cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar y que vencerá el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en que será puesto en libertad; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad José Rosendo CHAVEZ BEGAZO, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio, por improbados, lo CONDENA; como autor del delito de Negligencia, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, cuya ejecución suspendieron por habersele concedido el beneficio de la condena condicional, debiendo sujetarse a las reglas de conducta señaladas en el artículo sesenta y seis del Código de Justicia Militar y al pago de la suma de quinientos nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado-Ejército Peruano; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Luís Antonio RUIZ y URQUIZO, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados; lo CONDENA: como autor del delito de Negligencia. a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, cuya ejecución suspendieron por habersele concedido el beneficio de la condena condicional, debiendo sujetarse a las reglas de conducta que señala el artículo sesenta y seis del Código de Justicia Militar, con la obligación de abonar la suma de quinientos nuevos soles en concepto de reparación civil a favor del Estado - Ejército Peruano; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano de Disponibilidad César ROSADO CISNEROS, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Contra la Administración de

Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Negligencia a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, cuya ejecución se suspende por habersele concedido el beneficio de la condena condicional, sujetándose a las reglas de conducta del Artículo sesenta y seis del Código de Justicia Militar y sin lugar a pago de Reparación Civil; ABSUELVE: al Teniente Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Carlos Guillermo GALDOS CHACON, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Negligencia a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, la misma que se suspende en su ejecución por habersele concedido el beneficio de la condena condicional, debiendo cumplir con las reglas de conducta que establece el Artículo sesenta y seis del Código Castrense, y sin lugar a pago de Reparación Civil; ABSUELVE; al Mayor Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Félix Alfonso CASTRO GOMEZ DE LA TORRE, de los delitos de Rebelión Militar, Insulto al Superior, Desobediencia, Contra la Administración de Justicia y Tentativa de Homicidio por improbados, lo CONDENA: como autor del delito de Negligencia, a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, la misma que se suspende por habersele concedido el beneficio de la Condena Condicional, debiendo sujetarse a las reglas de conducta que establece el Artículo sesenta y seis del Código de Justicia Militar y sin lugar a pago de Reparación Civil, MANDA: Reiterar las órdenes de captura contra el "reo ausente" Vicealmirante Armada Peruana en Situación de Retiro, Augusto VARGAS PRADA PERALES, hasta que sea habido o se presente; DISPONE: al archivamiento definitivo de la Instrucción abierta Contra los que Resultan Responsables, por los delitos de Rebelión Militar materia del auto apertorio de Instrucción de fojas siete; la REVOCARON: en cuanto al monto de Reparación Civil impuesto al sentenciado General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDO, la extensión de la pena y monto de la Reparación civil a los Procesados General de División Ejército peruano en Situación de Retiro José Gabriel PASTOR VIVES y General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernando OBANDO SALAS, el monto de la Reparación Civil al sentenciado Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Wilder SANCHEZ GAMBINI; la extensión de la pena y Reparación Civil a los procesados Coronel Ejército Peruano en Situación de Retiro Víctor Elar GRANDA GUZMAN y Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Jaime GUTIERREZ TOVAR; MODIFICÁNDOLA: en estos extremos IMPUSIERON al sentenciado General de División Ejército peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDO la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES que debe abonar en concepto de Reparación Civil a favor del Estado Ejército Peruano; IMPUSIERON: al procesado General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro José Gabriel PASTOR VIVES la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN que continuará cumpliendo en el Penal Militar indicado por la Superioridad Militar y que con descuento de la detención que viene sufriendo vencerá el catorce de Noviembre de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que será puesto en libertad, al pago de la suma de SEIS MIL NUEVOS SOLES en concepto de Reparación Civil a favor del Ejército Peruano en Situación; IMPUSIERON: al sentenciado General de Brigada Ejército Peruano en Situación de Retiro Manuel Fernando OBANDO SALAS la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar que con descuento de la detención que viene sufriendo, vencerá el diecisiete de noviembre del año dos mil, fecha en que será puesto en libertad. debiendo abonar la suma de SESENTA MIL NUEVOS SOLES, en concepto de Reparación Civil a favor del Estado Ejército Peruano: IMPUSIERON: al sentenciado

Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Wilder SANCHEZ GANBINI la suma de UN MIL NUEVOS SOLES en concepto de Reparación Civil a favor del Estado Ejército Peruano; IMPUSIERON: al procesado Coronel Ejército Peruano en Situación de Retiro Víctor Elar GRANDA GUZMAN, la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN que continuará cumpliendo en el Penal Militar designado por la Superioridad Militar y con descuento de la detención que viene sufriendo vencerá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco fecha en que será puesto en libertad, debiendo pagar en concepto de Reparación Civil la suma de TRES MIL NUEVOS SOLES a favor del Estado - Ejército Peruano; IMPUSIERON: al sentenciado Coronel Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Jaime GUTIERREZ TOVAR la pena de UN AÑO DE PRISIÓN que la seguirá cumpliendo en el Penal Militar señalado por la Superioridad Militar y que vencerá el dieciocho de Febrero de mil novecientos noventa y cuatro fecha en que será puesto en libertad, debiendo abonar en concepto de Reparación Civil la suma de UN MIL NUEVOS SOLES a favor de! Estado - Ejército Peruano; AMPLIÁNDOLA: DECLARARON NULO el auto de fojas treinta y ocho, de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos, que comprende en la Instrucción al Coronel de Infantería Ejército Peruano en Situación de Disponibilidad Javier GUTIERREZ TOVAR, por haberse duplicado el Auto Apertorio de Instrucción contra el citado acusado; ORDENARON: que los DOS MIL DOSCIENTOS DOLARES AMERICANOS incautados al General de División Ejército Peruano en Situación de Retiro Jaime SALINAS SEDO caigan en comiso y pasen a constituir fondos da la Justicia Militar; asimismo, la mini grabadora marca OLIMPUS, modelo PEAR CORDER S guión noventa y cinco doce serie sesenta veintiséis noventa y seis y facsímil marca SHARP guión UX guión ciento cuarenta número setenta once noventa y uno caigan en comiso y el producto de su remate pasen a constituir fondos de la Justicia Militar; que los vehículos incautados sean devueltos a sus propietarios y el armamento de propiedad del Estado se remitan a sus Institutos y los otros a la Dirección de Control de Servicio de Seguridad, Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (DISCAMEC), para los fines de Ley; y los devolvieron.-

2.2. COMENTARIO

El General en Retiro Jaime Salinas Sedó, bajo la premisa del derecho de insurgencia, consagrado en el Art. 82º de la Constitución de 1979, pretendía defender el orden constitucional, reaccionando a la acción realizada el 5 de abril de 1992, por Alberto Fujimori. Como era de esperarse, muchos reaccionaron contra esta medida, al punto que se formó un grupo de militares y ex militares, entre los cuales se encontraba revertiendo la ruptura de este orden.

En este caso, entró en colisión el delito de rebelión militar que reprime el Código de Justicia Militar, con los actos preparatorios para el ejercicio del derecho de insurgencia que garantizaba el artículo 82º de la Constitución de 1979. En efecto el Art. 82º señalaba: "...el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional", pero sólo en los casos en que existiese

un gobierno usurpador –de facto-. Asimismo, el art. 307º de la citada Ley Fundamental, señalaba que: “Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone...”.

Más allá de la discusión planteada, lo concreto es que poco tiempo después, el Congreso indultó a la mayoría de los que habían participado en esta tentativa de insurgencia, siendo después también objeto de amnistía, el General en Retiro Jaime Salinas Sedó, lo que de alguna manera, confirió a dicho acto, ser considerado como un delito de naturaleza política.

La amnistía, proviene de la locución griega que significa “olvido”, medida legislativa que importa la extinción de la acción penal, así como la potestad represiva misma con respecto a los hechos determinados. Cabe precisar que la amnistía como un acto inspirado en razones sociales requiere generalidad, a diferencia de la gracia o indulto cuyos alcances son particulares.

3. OPERATIVO CHAVIN DE HUANTAR: COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR O DE LA JUSTICIA COMÚN

3.1. COMPETENCIA Nº 19/21-2002, SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹⁴¹

Lima, dieciséis de agosto del dos mil dos.-

VISTOS; con lo expuesto por la señora Fiscal Supremo; y, **CONSIDERANDO:**
Primero.- Que, esta Contienda de Competencia debe dilucidarse si corresponde al Fuero Común o al Fuero Militar, el conocimiento del proceso, iniciado en el fuero común por el Tercer Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que apertura instrucción por delito de homicidio calificado en contra de Augusto Jaime Patiño, José Williams Zapata, Luis Alatriza Rodríguez, Carlos Tello Aliaga, Víctor Robles Del Castillo, Víctor Hugo Sánchez Morales, Raúl Huarcaya Lovon, Walter Becerra Noblecilla, José Alvarado Díaz, Manuel Paz Ramos, Jorge Félix Díaz, Juan Carlos Moral Rojas, Tomás César Rojas Villanueva, Jorge Orlando Fernández Robles y Benigno Leonel Cabrera Pinto, todos ellos integrantes del cuerpo militar que intervino en el operativo militar, denominado NIPON, conocido posteriormente como “CHAVIN DE HUANTAR”, el cual estaba constituido por Fuerzas Especiales combinadas de los Institutos Armados y tenía como finalidad el rescate de los rehenes secuestrados en la

¹⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2005, p. 723-726.

Residencia del Embajador de Japón, por existir indicios de haberse producido ejecuciones extrajudiciales de terroristas cuando se encontraban rendidos; también se comprendió en el proceso penal a Vladimiro Montensinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliaga, personas ajenas al grupo o comando encargado de ejecutar el referido plan NIPON, por lo que no se encuentran comprendidos en el auto apertorio de fecha veintinueve de mayor del año en curso dictado por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, que ha circunscrito la intervención de la Justicia Militar exclusivamente al personal de Comandos que intervinieron, como elemento profesional y especializado en el operativo militar; **Segundo.-** Que, el operativo militar, antes referido, realizado el día veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete, se planificó e ejecutó por orden del entonces Presidente de la República, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, para preservar el orden interno y la seguridad nacional, gravemente afectados por el ataque armado de un grupo terrorista organizado y pertrechado como fuerza militar que asaltó la residencia del Embajador de Japón el día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, lo que dio lugar a que se decretara el estado de emergencia en diversos distritos del departamento de Lima, entre ellos el Distrito de San Isidro; cuyo régimen de excepción se prorrogó por sesenta días, mediante Decreto Supremo número cero veinte guión DE guión CCFFAA, fecha catorce de abril de mil novecientos noventa y siete, asumiendo las Fuerzas Armadas, en virtud de ello, el control del Orden Interno, lo cual amerita calificar la intervención de los Comandos Militares como un hecho producido en zona declarada en estado de emergencia al que por lo tanto debe aplicarse el artículo décimo de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta, que dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas que prestan servicios en zonas declaradas en estado de excepción están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar y que las infracciones que cometan aquellos en ejercicio de sus funciones tipificadas en dicho Código, son de competencia del Fuero Privativo Militar, salvo las que no tengan vinculación con el servicio, como en efecto lo son las personas no comprendidas en el auto apertorio de instrucción expedido por la Jurisdicción Militar; **Tercero.-** Que, habiendo actuado el grupo militar constituido y entrenado para ello, en la operación de rescate de los rehenes en acatamiento a una orden superior, en un escenario de claro enfrentamiento militar, caso de haberse producido infracciones o excesos punibles previstos en el Código de Justicia Militar, durante su intervención, tal eventualidad debe considerarse como producida en ejercicio de la función, correspondiendo por lo tanto que sus autores sean sometidos a la jurisdicción del fuero militar con arreglo al ordenamiento contenido en el Código de Justicia Militar; que por otra parte, constituye argumento esencial y resulta de estricta aplicación lo dispuesto en el artículo ciento setentitrés de la Constitución Política del Estado, en cuanto dispone que en el caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar y que esta disposición es aplicable a los civiles en el caso de delitos de Traición a la patria y de Terrorismo; siendo el caso además, que los hechos punibles materia de la competencia se encuentran comprendidos en el Código de Justicia Militar como delito de violación del derecho de gentes, tipificado en el artículo noventa y cuatro del aludido Código; **Cuarto.-** Que, lo dispuesto por el artículo trescientos veinticuatro del Código de Justicia Militar, debe adecuarse a lo que manda el artículo ciento setentitrés de la Constitución Política del Estado, toda vez que los pretendidos agraviados actuaron como un grupo armado integrante de la organización terrorista “Túpac Amaru”, calificada como tal por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como es de verse a fojas cincuenta y cinco, de allí que resulta impropio considerarlos como elementos civiles; **Quinto.-** Que, la determinación de la competencia respecto a la investigación y juzgamiento de los excesos que se hubieren producido, concluido que fue el rescate de los rehenes, en los cuales estarían involucrados personal militar, integrantes del grupo de comandos y personal ajeno a dicho cuerpo, debe efectuarse

con estricta ejecución a lo normado por los artículos trescientos cuarentidós y trescientos cuarentitrés del Código de Justicia Militar, esto es, que cada jurisdicción, la militar y la civil conozcan en forma independiente el delito que corresponda con arreglo a la legislación penal pertinente; **Sexto.-** Que, como fluye de las consideraciones expuestas, los inculpados integrantes del cuerpo de Comandos, han actuado en una operación militar en cumplimiento de una orden impartida con arreglo a la Constitución, por autoridad con capacidad de hacerlo y que las infracciones de naturaleza delictiva en que hubieren incurrido corresponde sean conocidas por el Fuero Militar, cosa que no ocurre con los elementos ajenos a dichos comandos, quienes habrían actuado de ser el caso, como infractores y autores de delitos comprendidos en la legislación común y que por lo tanto deben permanecer sujetos a la Jurisdicción del Fuero Común; **Sétimo.-** Que, respecto a los encausados en el Fuero Común Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliafa, personas ajenas al operativo militar involucrados, en la investigación sobre posibles ajusticiamientos extrajudiciales contra terroristas rendidos, configurarían un caso de violación a los derechos humanos tipificado como delito de lesa humanidad, similar a otros casos reabiertos en el Fuero Común, por lo que sería pertinente la acumulación de procesos cumpliendo con lo dispuesto por la Ley diez mil ciento veinticuatro, tanto más que todos ellos derivan de la misma voluntad criminal; por estos fundamentos y de conformidad con el inciso b) del artículo trescientos sesenta y uno del Código de Justicia Militar; **DIRIMIERON** la contienda de competencia submateria de vista a favor del Fuero Militar; en consecuencia declararon: que la instrucción seguida en el fuero militar continúe en el referido Fuero, debiendo el Tercer Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Fuero Común) remitir a la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, copia certificada de todo lo actuado en la instrucción seguida en contra de Augusto Jaime Patiño, José Williams Zapata, Luis Alatriza Rodríguez, Carlos Tello Aliaga, Víctor Robles del Castillo, Víctor Hugo Sánchez Morales, Raúl Huarcaya Lovon, Walter Becerra Noblecilla, José Alvarado Díaz, Manuel Paz Ramos, Jorge Félix Díaz, Juan Carlos Moral Rojas, Tomas César Rojas Villanueva, Jorge Orlando Fernández Robles y Benigno Leonel Cabrera Pino, como lo dispone el artículo trescientos cuarentidós del Código de Justicia Militar; **ORDENARON** asimismo continuar la instrucción respecto de los procesados Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Escurra y Jesús Zamudio Aliaga por el delito comprendido en el auto apertorio de instrucción dictado por el Tercer Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, debiendo disponer lo pertinente en atención a lo precisado en el sétimo considerando de esta resolución; y los devolvieron.-

S.S.

CABALA ROSSAND / ESCARZA ESCARZA / HUAMANÍ LLAMAS / VEGA VEGA / AGUAYO DEL ROSARIO

EL SEÑOR SECRETARIO DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA CERTIFICA EL VOTO SINGULAR DE LA DOCTORA HUAMANÍ LLAMAS: La Señora Vocal Suprema Evangelina Huamaní Llamas está de acuerdo con el voto emitido por los Señores Vocales Cabala Rossand, Escarza Escarza, Vega Vega, y Aguayo Del Rosario en los considerandos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto de la resolución, discrepando sólo en el sétimo considerando respecto del **cal MI VOTO** es como sigue:

SÉTIMO: El incidente materia de grado versa sobre Contienda de Competencia, es decir, determinar que Organo jurisdiccional es el competente para conocer el proceso principal; no teniéndose a la vista dentro de este incidente ningún proceso conexo que se siga contra los encausados que serán procesados en el fuero común como para disponer la acumulación de procesos conforme a las normas dispuestas en el segundo párrafo del inciso primero del artículo uno de la Ley diez mil

ciento veinticuatro, que señala: “que, la acumulación es facultativa y se ordenará sólo cuando los procesos estén en el mismo estado y siempre que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de la que ya tuviese mérito suficiente para ello”, por lo que considero innecesario pronunciarme sobre una acumulación de procesos por delitos conexos; en consecuencia tampoco comparto con lo pertinente de la parte resolutive.

HUAMANÍ LLAMAS

3.2. COMENTARIO

Coincidimos plenamente con lo resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir la contienda de competencia a favor del fuero militar. La Corte Suprema partió el caso en dos: los Comandos del Ejército pasaron a ser juzgados por la Justicia Militar, y Montesinos, Hermosa, Huamán y Zamudio se quedaron en el Poder Judicial.

En sus considerandos, la Corte Suprema, parte del supuesto de que los Comandos actuaron en una operación militar, de acuerdo a las circunstancias del caso, obedeciendo las órdenes impartidas por sus superiores, y con arreglo a la Constitución. Asimismo, refiere que “los pretendidos agraviados actuaron como un grupo armado integrante de la organización terrorista “Túpac Amaru”, calificada como tal por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, resultando impropio considerarlos como elementos civiles”. Por esta razón es que los hechos punibles materia de la competencia se encuentran comprendidos en el Código de Justicia Militar como delito de violación del derecho de gentes, previsto y sancionado en el artículo 94º del aludido Código.

En una situación como la descrita, de enfrentamiento directo, donde cualquiera podía ser abatido, y donde había rehenes que proteger y liberar, de ningún modo podía pedírsele a los comandos que actúen con prudencia.

Bajo estas consideraciones, la Corte Suprema, bajo una interpretación que considero acertada, resolvió que sus autores sean sometidos a la jurisdicción del fuero militar con arreglo al ordenamiento contenido en el Código de Justicia Militar.

Tampoco se trata de encubrir presuntas violaciones de derechos humanos. Es decir nuestra posición no está a favor de ocultar actos de ejecuciones extrajudiciales cometidos por las fuerzas del orden contra elementos civiles, pero en este caso en particular, se configuran elementos de naturaleza distinta que, en caso de haberse producido infracciones o excesos punibles durante el operativo, dichos elementos impiden calificar estos actos como supuestos delitos comunes, sino como propios de ejercicio de la función. Así, tenemos los siguientes elementos:

- Escenario de claro enfrentamiento militar
- Enfrentamiento con una organización terrorista (MRTA) que no pueden ser considerados como civiles.

Realizada la investigación en el fuero militar, el Consejo Supremo de Justicia Militar mediante sentencia del 29 de abril del 2004, decidió archivar definitivamente el caso Chavín de Huantar, al considerar que no existían pruebas que demostraran las ejecuciones. En suma, no se probó que los comandos hayan sido culpables de homicidio calificado (ejecuciones extrajudiciales).

4. CASO LA CANTUTA

4.1. Expedientes acumulados N° 157-V-93 y 8841-93, Sentencia de la SG-CSJM del 21 de febrero de 1994¹⁴²

VISTOS: En Sala de Guerra las causas acumuladas número ciento cincuentisiete guión V guión noventitrés, originario de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar, y ocho mil ochocientos cuarenta y uno guión noventitrés procedente del Fuero Común, seguida contra el siguiente personal del Ejército Peruano: General de Brigada Juan RIVERO LAZO, Peruano, natural de Lima, casado, de cincuentiún años de edad,... procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Asesinato, Contra el Coronel de Artillería Ejército Peruano Federico Augusto NAVARRO PEREZ, natural de Iquitos, casado, de cuarenticinco años de edad,...procesado por los delitos de Secuestros, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato; contra el Coronel de Infantería Ejército Peruano Manuel Leoncio GUZMAN CALDERON, peruano,

¹⁴² Tomado de ALVARADO GONZALVEZ, Pepe, ob. Cit. P. 211-225.

natural de Trujillo, casado, de cuarenticuatro años de edad, ...procesados por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato; contra el Mayor de Ingeniería Ejército Peruano Santiago. Enrique MARTIN RIVAS, Peruano, natural de Trujillo, soltero, de treinticinco años de edad, procesado por los delitos de Secuestro, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad, Contra la Administración de Justicia y contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato; contra el Mayor de Ingeniería del Ejército Peruano Carlos Eliseo. PICHILINGUE GUEVARA, peruano, natural de Huaral, casado, de treintisiete años de edad, ...procesado por los delitos de Secuestro y Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzadas de personas, Abuso de Autoridad, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato; contra el Teniente de Infantería del Ejército Peruano Aquilino PORTELLA NUÑEZ, peruano, (REO AUSENTE), procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad y Contra la Vida el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato; contra el Teniente, hoy Capitán del Ejército Peruano José Adolfo VELARDE ASTETE, Peruano, natural de Lima, ...procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de personas, Abuso de Autoridad, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia; contra el Técnico de Segunda del Ejército Pedro Guillermo SUPPO SANCHEZ, peruano, natural del Callao, viudo, de cuarentisiete años de edad, ...procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de personas, Abuso de Autoridad, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia; contra el Técnico de Tercera del Ejército Peruano Julio CHUQUI AGUIRRE, peruano, natural de Tacna. casado, de cuarenticinco años de edad, ...procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de personas, Abuso de Autoridad, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia; contra el Técnico de Tercera del Ejército Peruano, Rogelio CARBAJAL GARCÍA, peruano, natural de Trujillo, de treintinueve años de edad, ...procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de personas, Abuso de Autoridad, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia; contra el Técnico de Tercera del Ejército Peruano, Jesús Antonio SOSA SAAVEDRA, peruano, natural de Lambayeque, casado, de treinticuatro años de edad, ...procesado por los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Desaparición Forzada de personas, Abuso de Autoridad, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia; todos ellos en agravio del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta.

Planteadas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho y de derecho, este Tribunal considera lo siguiente:

PRIMERO: Está probado que en la madrugada del día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, aproximadamente a las cero una horas, un grupo de personas portando armas de fuego, vestidas con chompa de color negro de cuello alto, botas de tipo militar y pasamontaña, movilizándose en vehículos, hizo su ingreso por la puerta principal al Campus de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta; así se desprende de...

SEGUNDO: Está probado que desde el año de mil novecientos noventiuno a la fecha de la comisión de los hechos en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, se hallaba acantonada una Base de Acción Cívica del Ejército con un contingente aproximado de treinta efectivos al mando de un Oficial Subalterno; como es de verse de ...

TERCERO: Está probado que el día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós,

la Base de Acción Cívica referida en la cuestión de hecho anterior, se encontraba al mando del Teniente Ejército Peruano José Adolfo VELARDE ASTETE y como segundo Jefe el Teniente Ejército Peruano Aquilino PORTELLA NUÑEZ, así consta de ...

CUARTO: Está probado que los elementos armados ingresaron libremente al recinto universitario sin encontrar obstáculo alguno por parte del personal militar de la Base de Acción Cívica acantonada en dicho lugar; así aparece de ...

QUINTO: Está probado que los elementos armados se dirigieron al Pabellón de estudiantes varones de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, extrayendo de su alojamiento, previa identificación, a los estudiantes: Richard Armando AMARO CONDOR, Felipe FLORES CHIPANA, Juan MARIÑOS FIGUEROA, Heráclides PABLO MEZA, Luis Enrique ORTIZ PEREA, Marcelino ROSALES CARDENAS, Robert Edgar TEODORO ESPINOZA; así se infiere de ...

SEXTO: Está probado que luego de extraer a los estudiantes, se dirigieron a la residencia de estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, extrayendo de sus dormitorios, previa identificación, a las estudiantes Bertila LOZANO TORRES y Dora OYAGUE FIERRO; como aparece de ...

SEPTIMO: Está probado que aproximadamente a la una y treinta horas del día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós los elementos armados detuvieron al profesor universitario Hugo MUÑOZ SANCHEZ en el interior de su residencia ubicada en dicha Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle"; así aparece...

OCTAVO: Está probado que el profesor y los nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", referidos en las cuestiones de hecho anteriores, fueron conducidos en vehículos por el personal armado con dirección a la ciudad de Lima; así se aprecia...

NOVENO: Está probado que el profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ y los nueve estudiantes extraídos de sus habitaciones en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", el día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, fueron victimados por sus captores y enterrados inicialmente en un lugar de Huachipa; así se aprecia de...

DECIMO: Está probado que a raíz de las denuncias formuladas ante la Fiscalía de la Nación se constató la existencia de fosas clandestinas, ubicadas en el sector de Cieneguilla, quebrada de Chavilca, kilómetro catorce y medio de la carretera a Cieneguilla y, en el sector de Huachipa a la altura del kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Prialé"; así aparece de...

DECIMO PRIMERO: Está probado que como consecuencia de dichas denuncias, la Fiscalía de la Nación, dispuso la investigación del hecho, nombrándose para el efecto un Fiscal Ad-Hoc, Peritos Médicos Legales y Criminalísticos, para que con apoyo de la Policía Nacional, otras Instituciones del Estado y particulares se conforme un equipo especializado para el mejor esclarecimiento de los hechos; así se infiere de ...

DECIMO SEGUNDO: Está probado que con el hallazgo de conjuntos de restos humanos óseos fragmentados y calcinados; vestigios materiales: casquillos, manojos de llave, ropa, etc., en las fosas antes referidas, se llegó a determinar que dichos restos corresponden a entierros: primario y secundario, significando ésto que anteriormente fueron enterrados en otro lugar (Huachipa) y luego de ser extraídos encontrándose en estado de putrefacción, fueron quemados y vueltos a enterrar en fosas de Cieneguilla; así consta de ...

DECIMO TERCERO: Está probado que los restos hallados en la fosa número UNO del Sector Cieneguilla corresponden a dos personas: una de sexo masculino y otra de sexo femenino con una edad veinte a veinticinco años; así se aprecia de...

DECIMO CUARTO: Está probado que los restos hallados en la fosa número DOS del mismo Sector corresponden a tres personas: dos de sexo masculino de cuarenta a cuarenticinco años y de veinticinco a treinta años de edad, y otra de sexo femenino de veinte años a veinticinco años de edad; así aparece....

DECIMO QUINTO: Está probado que los restos humanos hallados en las fosas UNO y DOS de la quebrada de Chavilca en Cieneguilla, corresponden a las estudiantes Bertila LOZANO TORRES y Dora OYAGUE FIERRO, quienes contaban con veintidós años de edad; así como de los estudiantes Richard Armando AMARO CONDOR y Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA, quienes contaban con veintiséis y veintinueve años de edad, respectivamente; y del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ, de aproximadamente cuarenticinco años; así consta de ...

DECIMO SEXTO: Está probado que del manojito de llaves hallado en la fosa número UNO de la Quebrada de Chavilca, una llave abrió el candado del armario que ocupaba el estudiante Richard Armando AMARO CONDOR en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle; otra llave abrió la puerta de ingreso del inmueble signado con el número mil ciento cincuentiocho del Jirón Italia-La Victoria; y otra tercera, el Departamento número UNO de dicho inmueble y vivienda del citado estudiante; así se infiere...

DECIMO SEPTIMO: Está probado que de las llaves encontradas en la fosa número DOS de la quebrada de Chavilca, una abrió el candado del armario que ocupaba el estudiante Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA y otra el candado que aseguraba la puerta de ingreso del Centro Federado de la Facultad de Electromecánica de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", del que dicho estudiante era dirigente; así consta de...

DECIMO OCTAVO: Está probado que en uno de los casos, la causa del fallecimiento fue por herida perforante del cráneo con proyectil de arma de fuego calibre nueve milímetros; así consta de...

DECIMO NOVENO: Está probado que la data de las muertes se encuentra entre los nueve y dieciocho meses anteriores a la fecha del hallazgo de los restos humanos en Cieneguilla; así consta de...

VIGESIMO: Está probado que el fragmento de maxilar superior derecho hallado en la fosa número DOS de Cieneguilla, con una corona fenestrada de cromo cobalto, corresponde a la estudiante Bertila LOZANO TORRES; así fluye de....

VIGESIMO PRIMERO: Está probado que los restos de prendas de vestir halladas en las fosas UNO y DOS de la Quebrada de Chavilca, corresponden a los estudiantes Robert Edgar TEODORO ESPINOZA, Heráclides PABLO MEZA, Richard Armando AMARO CONDOR y Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA; así consta de...

VIGESIMO SEGUNDO: Está probado a raíz de lo narrado en la cuestión de hecho anterior se constató la existencia de tres fosas clandestinas en el Sector Huachipa, donde fueron hallados un esqueleto humano completo, otro medio esqueleto, ropa, restos óseos, restos orgánicos de partes blandas, fragmentos de cuero cabelludo, abundante cabello y un maxilar superior completo, todos de especie humana; restos de ropa, proyectiles de arma de fuego y casquillos; así consta de ...

VIGESIMO TERCERO: Está probado que el esqueleto completo corresponde a una persona de sexo masculino, de aproximadamente veintidós a veinticuatro años de edad, un metro setenta centímetros de estatura, raza mestiza, con patología ósea desviación marcada hacia la derecha del hueso sacro, siendo la causa de la muerte "herida penetrante y perforante de cabeza por proyectil de arma de fuego; así aparece de...

VIGESIMO CUARTO: Está probado que el esqueleto completo hallado en la fosa clandestina a la altura del kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Prialé", corresponde al estudiante universitario Luis Enrique ORTIZ PEREA; así aparece de...

VIGESIMO QUINTO: Está probado que los restos óseos hallados en el kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Priale" (fosas de Huachipa), corresponde al entierro primario ya expresado; así se acredita de...

VIGESIMO SEXTO: Está probado que que parte de los restos humanos enterrados en el kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Priale", fueron exhumados y sometidos a incineración, siendo posteriormente enterrados en cajas de cartón en la Quebrada de Chavilca, kilómetro catorce y medio de la carretera a Cieneguilla; así aparece de...

VIGESIMO SEPTIMO: Está probado que la causa de la muerte de las personas cuyos restos fueron encontrados en Cieneguilla y Huachipa fue como consecuencia de heridas en el cráneo por armas de fuego; así aparece de...

VIGESIMO OCTAVO: Está probado que las imputaciones que se denuncian sindicando como responsables del hecho ilícito a los Mayores Martín RIVAS, PICHILINGUE GUEVARA, Técnicos SUPPO SANCHEZ, CARBAJAL GARCÍA, CHUQUI AGUIRRE y SOSA SAAVEDRA, coinciden en la secuencia en que se desarrolló el evento dañoso antes puntualizado y en la participación directa que tuvieron los nobrados acusados; así consta de...

VIGESIMO NOVENO: Está probado que el grupo que incursionó en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, trasladó a los secuestrados, hacia un lugar desconocido donde fueron ultimados; así se desprende...

TRIGESIMO: Está probado que luego de eliminar al profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, los victimarios enterraron a algunas de las víctimas clandestinamente en un paraje ubicado a la altura del kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Priale", cerca de un polígono de tiro que usa el personal de la Policía Nacional que presta servicios en la Planta de Agua Potable - La Atarjea, y otros en un lugar desconocido; así consta de...

TRIGESIMO PRIMERO: Está probado que con posterioridad a la muerte del profesor y nueve estudiantes y en fecha no precisada fueron exhumados los cadáveres enterrados en las fosas ubicadas en el kilómetro uno y medio de la carretera "Ramiro Priale" para proceder a su destrucción utilizando material inflamable; así consta...

TRIGESIMO SEGUNDO: Está probado que luego de incinerar los cuerpos, trasladaron los restos parcialmente calcinados a la quebrada de Chavilca, altura del kilómetro catorce y medio de la carretera de Cieneguilla, donde procedieron a un nuevo entierro en cajas de cartón; así se desprende...

TRIGESIMO TERCERO: No está probado que la incursión del personal militar al campus de la referida universidad, que perpetró el secuestro y posterior eliminación del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ, y alumnos Richard Armando AMARO CONDOR, Heráclides PABLO MEZA, Felipe FLORES CHIPANA, Juan MARIÑOS FIGUEROA, Luis Enrique ORTIZ PEREA, Marcelino ROSALES CARDENAS, Robert Edgar TEODORO ESPINOZA, Bertila LOZANO TORRES y Dora OYAGUE FIERRO, haya provenido de orden verbal o escrita de autoridad alguna del Ejército Peruano; así se desprende de...

TRIGESIMO CUARTO: Está probado que el Comando del Ejército Peruano al tomar conocimiento de los hechos mencionados a través de denuncias públicas que implicaban a miembros de la Institución, de inmediato dispuso las investigaciones administrativas pertinentes, procediendo a formular denuncia penal ante el Fuero Militar; así se desprende de...

TRIGESIMO QUINTO: Está probado que el General de Brigada Juan RIVERO LAZO, quien se desempeñaba como Director de Inteligencia del Ejército en Julio de mil novecientos noventidós, no ejerció el debido control sobre sus subordinados; así aparece de...

TRIGESIMO SEXTO: Está probado que el General de Brigada Juan RIVERO LAZO no dispuso las investigaciones del caso al tomar conocimiento de los hechos materia del proceso; así se desprende de...

TRIGESIMO SEPTIMO: Está probado que el Coronel Federico Augusto NAVARRO PEREZ quien en la fecha de ocurrido los hechos se desempeñaba como Jefe del Frente Interno de la Dirección de Inteligencia del Ejército, no ejerció el debido control de su subordinado y omitió el análisis de las informaciones que daban cuenta del hecho, motivo por el cual personal bajo su mando sin su conocimiento, participó en el referido hecho delictivo; así se desprende de...

TRIGESIMO OCTAVO: Está probado que en el mes de mayo de mil novecientos noventidós, el Coronel Manuel Leoncio GUZMAN CALDERON, Jefe del Batallón de Comandos número diecinueve, fue relevado del control de la Base de Acción Cívica en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, por lo tanto no ha participado directa ni indirectamente en los hechos materia de juzgamiento; así aparece de....

TRIGESIMO NOVENO: Está probado que el hoy Capitán José Adolfo VELARDE ASTETE Jefe de la base de Acción Cívica del Ejército acantonada en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta. no controló al personal militar de servicio bajo su mando, motivando que personas ajenas a la Base ingresaran al campus de dicha Universidad; así aparece de....

CUADRAGESIMO: Está probado que el ahora Capitán Ejército Peruano José Adolfo VELARDE ASTETE, quien se encontraba de servicio y como Jefe de la base de Acción Cívica acantonada en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" La Cantuta; y el Teniente Aquilino PORTELLA NUÑEZ , segundo jefe de dicha base, no se percataron del ingreso del personal armado que incursionó, ni del secuestro del profesor y nueve estudiantes; así aparece de...

CUADRAGESIMO PRIMERO: Está probado que los denunciados supuesto Sub Oficiales Hugo CORAL SANCHEZ y Eduardo SOSA DAVILA, no figuran en el Escalafón correspondiente del Ejército Peruano; así se desprende...

CUADRAGESIMO SEGUNDO: No está probado que personal del Servicio de Inteligencia Nacional, haya participado en los actos preparatorios ni de ejecución de los hechos materia del presente proceso; así se desprende...

CUADRAGESIMO TERCERO: No está probada la existencia de un denominado Plan de Operaciones "Secuestro" o similar para realizar las acciones delictivas señaladas; así se desprende de...

CUADRAGESIMO CUARTO: Está probado que los procesados RIVERO LAZO, NAVARRO PEREZ, MARTIN RIVAS, PICHILINGUE GUEVARA, CHUQUI AGUIRRE, SOSA SAAVEDRA, CARBAJAL GARCIA, SUPPO SANCHEZ y VELARDE ASTETE, vienen cumpliendo detención definitiva por mandato judicial en instalaciones militares, por los hechos materia de juzgamiento; así consta de...

CUADRAGESIMO QUINTO: Está probado que los acusados RIVERO LAZO, MARTIN RIVAS, PORTELLA NUÑEZ, SOSA SAAVEDRA, CARBAJAL GARCIA y SUPPO SANCHEZ, carecen de antecedentes penales y judiciales en el Fuero Privativo Militar.

CUADRAGESIMO SEXTO: Está probado que los acusados NAVARRO PEREZ, PICHILINGUE GUEVARA, VELARDE ASTETE Y CHUQUI AGUIRRE, registran antecedentes judiciales en el Fuero Privativo Militar.

Y CONSIDERANDO: Que, de lo actuado en la etapa de la instrucción, tanto en la Vocalía de Instrucción de este Supremo Tribunal y por el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima del Fuero Común, así como de todo lo debatido en el acto oral de juzgamiento, se infiere que en la madrugada del día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, se produjo una incursión en las instalaciones de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, por parte de elementos en número no precisado, que premunidos de armas de fuego y vistiendo prendas de tipo militar, tales como botas, chompas negras de cuello alto, pasamontaña, etc., procedieron a dirigirse a los alojamientos, en primer término al de los varones donde pernoctaban, entre otros, los estudiantes: Richard Armando AMARO CONDOR, Felipe FLORES CHIPANA, Juan MARIÑOS FIGUEROA, Heráclides PABLO MEZA, Luis Enrique ORTIZ PEREA, Marcelino ROSALES CARDENAS, Robert Edgar TEODORO ESPINOZA; seguidamente, a la residencia de mujeres, donde pernoctaban, entre otras, las estudiantes Bertila LOZANO TORRES y Dora OYAGUE FIERRO, para luego pasar a la vivienda del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ, todos los cuales, en calidad de secuestrados fueron subidos en unos vehículos y trasladados con dirección a la ciudad de Lima; que, en el trayecto, en un lugar no precisado, fueron bajados de los vehículos y ultimados con disparos de armas de fuego y luego enterrados primariamente en dos fosas ubicadas en Huachipa, para posteriormente en fecha no determinada ser desenterrados y llevados a otro lugar donde previamente sus restos fueron parcialmente calcinados y enterrados secundariamente en fosas ubicadas en Cieneguilla, quebrada de Chavilca; que, los hechos suscitadamente relatados no obstante la forma y circunstancias en que se perpetraron, tuvieron como propósito destruir todo vestigio material que pudieran dejar los cuerpos del delito a efecto de lograr su impunidad; sin embargo, los acontecimientos fueron de conocimiento público en virtud a denuncias que se hicieran ante la Fiscalía de la Nación, órgano autónomo del Estado que en uso de sus atribuciones dispuso las investigaciones pertinente mediante la designación de un Fiscal Ad-Hoc, quien a través de las diligencias practicadas en el lugar donde estaban ubicadas las referidas fosas y contando para ello con la asistencia de personal especializado, encontró conjuntos de restos óseos fragmentados y calcinados, además de ciertos vestigios materiales, consistentes en casquillos de bala, ropa, manojos de llave, etc., los que sometidos a exámenes científicos y diligencias de constatación y verificación, determinaron que dichos restos correspondían al profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ y por lo menos a los estudiantes Bertila LOZANO TORRES, Dora OYAGUE FIERRO, Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA, Richard Armando AMARO CONDOR y Luis Enrique ORTIZ PEREA; y que los manojos de llaves hallados, uno adherido a tejidos y restos calcinados extraídos de una de las fosas de Cieneguilla y otro en la Morgue central cuando se realizaba la limpieza de una mezcla de vestigios escondidos en la pretina de un pantalón, permitieron abrir los candados de los armarios de la residencia de la Cantuta, pertenecientes a los estudiantes Richard Armando AMARO CONDOR y Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA, también el candado que aseguraba el local del centro federado de Estudiantes de la Facultad de Electromecánica, del cual MARIÑOS FIGUEROA era dirigente; en tanto que, otras dos llaves abrieron las puertas de calle y entrada del domicilio del estudiante AMARO CONDOR; que, por la forma y circunstancias en que se perpetraron los hechos, y aún más, considerando que la precitada Universidad por disposición del Supremo Gobierno estaba protegida por miembros del Ejército Peruano que conformaban una Base de Acción Cívica al mando de un Oficial Subalterno y treinta individuos de tropa,

nos lleva al convencimiento que los elementos que incursionaron en la madrugada del día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, en forma libre y por la puerta principal de acceso a dicha Universidad, tenían que ser miembros del mismo Instituto; que por las denuncias e investigaciones del caso, han sido sindicados los Mayores del Ejército Santiago Enrique MARTIN RIVAS y Carlos Eliseos PICHILINGUE GUEVARA, así como los Sub Oficiales Juan SUPPO SANCHEZ, Julio CHUQUI AGUIRRE, Eduardo SOSA DAVILA, Hugo CORAL SANCHEZ, Juan SOSA SAAVEDRA y Nelson Rogelio CARBAJAL GARCIA, quienes si bien es cierto, a través de las etapas del proceso han negado de manera uniforme ser autores del hecho ilícito, tales negativas por no tener correspondencia con pruebas plenas que desvirtúen su participación, tienen que ser evaluados como meros argumentos de defensa frente a la abundante prueba indiciaria que el Tribunal las ha valorado con adecuada ponderación y que lo lleva al ánimo y convencimiento de establecer que son los ejecutantes de los hechos materia de juzgamiento; que, siendo así, debe precisarse que conforme a la doctrina, no es posible incriminar a los procesados aisladamente de hechos que forman un conjunto y se complementan, ya que en el caso de autos, la intención dolosa de los culpables, no fue otra que la de buscar la eliminación física de los agraviados, y para hacerla se valieron de diversos medios engañosos y de sorpresa que tienen valorarse en su totalidad; además, debe contemplarse el ánimo o intención con que actuaron los agentes, considerándose de manera especial los medios que emplearon (armas de fuego), la dirección e importancia de los órganos afectados (perforación craneana), los diferentes entierros, calcinamiento de los cuerpos, etc., que están expresados en las pericias respectivas y diligencias pertinentes practicadas, de cuyo contexto se advierte a plenitud la voluntad homicida, la cual ha quedado evidenciada porque el día del evento sin orden superior y de propia iniciativa irrumpieron concertadamente, de manera repentina a los alojamientos de sus víctimas, cubiertos de los rostros y vistiendo prendas militares, haciendo uso de la violencia para reducir la voluntad de defensa de sus víctimas, con extracción de sus lugares de descanso y posterior traslado para ultimarlos mediante el empleo de armas de fuego, aprovechando la oscuridad y lo descampado del lugar donde ocurrieron los hechos, y los agraviados al estar en inferioridad física y material frente a sus captores no pudieron ofrecer resistencia; habiéndose, por otra parte, determinado claramente las motivaciones que tuvieron para cometer el hecho penal, todo lo cual viene a configurar la comisión de los delitos de Secuestro, Desaparición Forzada de Personas, Abuso de Autoridad y Homicidio, previstos y penados en los artículos cientos cincuentidós, ciento ocho incisos uno, dos y tres, del Código Penal, artículo uno de la Ley veinticinco mil quinientos noventidós, artículos ciento ochenta inciso diez, ciento ochentiuño inciso uno y ciento ochentiséis del Código de Justicia Militar, respectivamente; de los cuales resultan responsables en su condición de autores directos los Mayores MARTIN RIVAS, PICHILINGUE GUEVARA; los Sub Oficiales: SUPPO SANCHEZ, CHUQUI AGUIRRE, CARBAJAL GARCIA y SOSA SAAVEDRA; no así del delito Contra la Administración de Justicia que también se imputa a los Oficiales mencionados y el de Negligencia al personal de Sub Oficiales, en consideración que no se les puede exigir el cumplimiento de un deber establecido en los artículos trescientos dos inciso cuatro y doscientos treintiocho del Privativo Castrense, puesto que son autores de otros ilícitos penales materia de su conducta delictiva, por lo que en este extremo es procedente absolverlos de dichos infractorios; que, por todo ello, resulta necesario que el hecho se contemple especialmente en el aspecto de la responsabilidad colectiva o común de todos sus integrantes, aunque algunos de ellos hayan participado con mero rango de colaboración, que sería el caso del personal de Sub Oficiales, que procedieron a

consecuencia de seducción de sus jefes por razón de influjo conforme a la regla contenida en el inciso quinto del artículo veinte del Código de Justicia Militar; en tal consideración es justo especialmente que, siendo desigual la participación que les cupo en los hechos, alcanza a estos co-acusados, desigual responsabilidad, por lo que en virtud de lo expuesto, este Tribunal está obligado a determinar de manera fehaciente los distintos grados de participación criminal dentro de la común empresa delictiva en el evento dañoso para considerarlos como autores directos pero con mayor responsabilidad a los Mayores MARTIN RIVAS y PICHILINGUE GUEVARA, por haber perpetrado la acción delictiva con las circunstancias agravantes previstas en los incisos ocho, nueve y diez del artículo veintiuno del acotado; que, por otra parte, teniendo como sustento las propias versiones de los acusados nombrados, así como de la valoración de las diferentes pruebas obrantes en autos se determina meridianamente que el Comando del Ejército representado por su Comandante General, así como personal del Servicio de Inteligencia Nacional, no ordenaron ni intervinieron en la planificación, elaboración y puesta en ejecución de plan alguno destinado a incursionar en las instalaciones de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle-La Cantuta, para la realización de acciones que tuvieron como resultado el secuestro y eliminación de los agraviados, advirtiéndose que el proceder de los acusados se produjo por iniciativa propia, esto es, sin que medie orden superior de ninguna naturaleza, aprovechándose de sus cargos y funciones inherentes; que, igual situación se presenta para los acusados General de Brigada Juan RIVERO LAZO y Coronel Federico NAVARRO PEREZ, en ese entonces Director de Inteligencia del Ejército y Jefe del Frente Interno de la Dirección de Inteligencia del Ejército, respectivamente, quienes no tuvieron participación en forma directa ni indirecta como actores intelectuales o materiales en la ejecución del hecho criminal, por lo que siendo así, no les alcanza responsabilidad penal en la comisión de los delitos de Abuso de Autoridad, Contra la Administración de Justicia, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas y Contra la Vida el Cuerpo y la Salud en la modalidad de asesinato, por los cuales son instruidos; sin embargo, teniendo en cuenta que los autores de hecho criminal, por razón de función dependían directa o indirectamente de aquéllos, quienes no cumplieron con ejercer el debido control así como tampoco exigieron el estricto cumplimiento de las obligaciones y de los deberes de función de sus subordinados que están enmarcados en las leyes y reglamentos militares, demostrando con tal actitud una negligencia punible y por la gravedad de los daños ocasionados, deben ser sancionados con la severidad que el caso exige; en tal virtud, haciendo una correcta calificación de los hechos, estamos frente a la figura delictiva de Negligencia que tipifican los Artículos doscientos treintiocho y doscientos cincuentisiete del Código de Justicia Militar, por lo que en virtud a lo preceptuado en el artículo seiscientos dieciséis inciso e) del acotado, deberá absolverseles conforme a ley; que, de otro lado, también se ha sindicado como participantes en los hechos acaecidos en la madrugada del día dieciocho de julio de mil novecientos noventidós, a los Sub Oficiales Eduardo SOSA DAVILA y Hugo CORAL SANCHEZ, contra quienes también se les abrió instrucción por los delitos materia de juzgamiento, pero es el caso precisar que a través de la investigación realizada y especialmente por las informaciones proporcionadas por el Comando de Personal del Ejército, se ha llegado a establecer que dichos encausados no figuran en los listados de la Institución; por consiguiente, se trata de personas inciertas o desconocidas; consecuentemente, no tienen la condición de militares, ya sea en Situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro; por lo que en tal circunstancias, debe dejarse sin efecto en ese extremo el auto ampliatorio del apertorio de instrucción que los comprende en el caso sub judice por la comisión de

los delitos de Abuso de Autoridad, Contra la Administración de Justicia, Negligencia, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas y Asesinato en agravio del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ Y otros, por carecer de objeto emitir pronunciamiento sobre situación jurídica; que, asimismo, es pertinente precisar que el acusado Coronel Manuel Leoncio GUZMAN CALDERON, a quien también se le sindicó haber participado en el secuestro del profesor y alumnos nombrados, toda la prueba obtenida a través del proceso acredita de modo fehaciente que no ha tenido participación alguna en los hechos imputados, ya sea directa o indirectamente, así como tampoco personal militar a su mando, por lo que procede absolverlo de los demás infractorios indebidamente imputados en su contra; que, respecto a la responsabilidad atribuida a los Oficiales de la Base de Acción Cívica acantonada en las instalaciones de la ya citada Universidad, Capitán José Adolfo VELARDE ASTETE y Teniente Aquilino PORTELLA NUÑEZ, al haber dejado de cumplir por omisión o descuido los deberes de su cargo, puesto que no exigieron al personal militar bajo su mando el estricto control en los puestos de vigilancia durante su servicio, dando lugar al ingreso sin autorización, de elementos militares ajenos a dicha Base, este Tribunal considera que tal comportamiento configura el delito de Negligencia que sancionan los dispositivos legales Indicados; por lo que siendo así, en este extremo debe hacerse la adecuada calificación del hecho delictivo conforme al artículo seiscientos dieciséis inciso e) del Código de Justicia Militar, siendo procedente absolverlos de los delitos de Abuso de Autoridad, Contra la Administración de Justicia, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Asesinato impropriamente tipificados en los apertorios de instrucción; sin embargo, apareciendo de autos, que el acusado Teniente Aquilino PORTELLA NUÑEZ, no obstante haber sido emplazado conforme a ley, no ha cumplido con ponerse a derecho en razón de estar en Abandono de Destino, de conformidad con lo establecido en el artículo quinientos setentinueve del acotado cuerpo legal, deberá RESERVARSE su juzgamiento, hasta que se presente o sea habido, debiendo en su oportunidad reiterarse las correspondientes órdenes de búsqueda y captura en su contra; que, asimismo, existiendo instrucción abierta contra Los que Resulten Responsables de los delitos de Abuso de Autoridad, Contra la Administración de Justicia, Negligencia, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, y examinados los actuados se llega a establecer que en los hechos de juzgamiento no existen terceras personas aparte de las ya indicadas, que resulten responsables penalmente de tales ilícitos, ante esta particularidad, deberá disponerse el archivamiento definitivo de los actuados en este extremo; y, finalmente, teniendo en consideración que los hechos materia de sanción revisten suma gravedad por haber afectado irreversiblemente los derechos humanos de las personas agraviadas y el prestigio del Ejército Peruano al haberse establecido que el móvil que llevó a los acusados a cometer estos excesos fue como consecuencia de un mal entendido cumplimiento del deber, exacerbados negativamente por sus labores permanentes en el campo Antisubversivo, por lo que el Tribunal considera que la responsabilidad civil emergente debe ser asumida solidariamente entre los ejecutores del hecho y el Estado-Ejército Peruano, como tercero civilmente responsable, debiendo fijarse una suma considerable que esté en proporción a los daños ocasionados.

Por estos fundamentos de hecho y de derecho, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, administrando justicia a nombre de la Nación y juzgando con criterio de conciencia que la ley faculta: **FALLA:** ABSOLVIENDO al General de Brigada Ejército Peruano Juan RIVERO LAZO de los delitos de Secuestro, Contra la

Administración de Justicia, Abuso de Autoridad, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, por improbados; al Coronel de Caballería Ejército Peruano Federico Augusto NAVARRO PEREZ, de los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Abuso de Autoridad, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, por improbados; al Coronel de Infantería del Ejército Peruano Manuel Leoncio GUZMAN CALDERON, de los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Abuso de Autoridad, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato y Negligencia, por improbados; a los Mayores de Ingeniería del Ejército Peruano Santiago Enrique MARTIN RIVAS y Carlos Eliseos PICHILINGUE GUEVARA, del delito Contra la Administración de Justicia, por improbable; al capitán de Infantería Ejército Peruano José Adolfo VELARDE ASTETE, de los delitos de Secuestro, Contra la Administración de Justicia, Abuso de Autoridad, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, por improbados; a los Sub Oficiales Ejército Peruano Pedro Guillermo SUPPO SANCHEZ, Julio CHUQUI AGUIRRE, Nelson Rogelio CARBAJAL GARCIA y Jesús Antonio SOSA SAAVEDRA del delito de Negligencia, por improbable; **CONDENANDO:** al General de Brigada Ejército Peruano Juan RIVERA LAZO, como autor del delito de Negligencia, a la pena de CINCO AÑOS de PRISIÓN que con descuento de la detención que viene cumpliendo desde el día dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres, vencerá el quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en que será puesto en libertad; debiendo pagar por concepto de reparación civil la suma de CINCUENTA MIL Nuevos Soles a favor del Estado-Ejército Peruano; al Coronel de Caballería Ejército Peruano Federico Augusto NAVARRO PEREZ, como autor del delito de Negligencia a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN que con descuento de la detención que viene cumpliendo desde el día veintitrés de Diciembre de mil novecientos noventa y siete, fecha en que será puesto en libertad, debiendo pagar por concepto de reparación civil la suma de CINCUENTA MIL Nuevos Soles a favor del Estado-Ejército Peruano; al Capitán de Infantería Ejército Peruano José Adolfo VELARDE ASTETE, como autor del delito de Negligencia a la pena de UN AÑO de RECLUSIÓN MILITAR que con descuento de la detención que viene cumpliendo desde el día quince de julio de mil novecientos noventa y tres, vencerá el día catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en que será puesto en libertad, debiendo pagar por concepto de reparación civil la suma de DIEZ MIL Nuevos Soles a favor del Estado-Ejército peruano; a los Mayores de Ingeniería, Ejército Peruano **Santiago Enrique MARTIN RIVAS y Carlos Eliseo PICHILINGUE GUEVARA**, como autores de los delitos de Abuso de Autoridad, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, en agravio del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ, de los estudiantes Richard Armando AMARO CONDOR, Heráclides PABLO MEZA. Felipe FLORES CHIPANA, Juan MARIÑOS FIGUEROA, Luis Enrique ORTIZ PEREA. Marcelino ROSALES CARDENAS, Robert Edgar TEODORO ESPINOZA, Bertila LOZANO TORRES y Dora OYAGUE FIERRO, a la pena de VEINTE AÑOS de PRISIÓN, que con el descuento de la detención que viene cumpliendo desde el veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y tres y veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres, vencerá el veintiuno de setiembre del año dos mil trece y veintitrés de diciembre del año dos mil trece, respectivamente; debiendo abonar ambos condenados en forma solidaria con el Estado Ejército Peruano, la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL Nuevos Soles, por concepto de Reparación Civil a favor de los Herederos Legales de los agraviados;

a los Sub Oficiales, Ejército Peruano, Pedro Guillermo SUPPO SANCHEZ, Julio CHUQUI AGUIRRE, Nelson Rogelio CARBAJAL GARCIA y Jesús Antonio SOSA SAAVEDRA, como autores de los delitos de Abuso de Autoridad, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas, Contra la Administración de Justicia, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, en agravio del Profesor y Estudiantes anteriormente nombrados, a la pena de QUINCE AÑOS de PRISIÓN, que con descuento de la detención que viene cumpliendo desde el día veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro, veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres, respectivamente, vencerá el diecinueve de enero del año dos mil nueve, el veintidós de diciembre del año dos mil ocho y el veintidós de diciembre del año dos mil ocho, respectivamente; fechas en que serán puestos en libertad; debiendo abonar en forma solidaria con el Estado-Ejército Peruano la suma de DOS MILLONES de Nuevos Soles, por concepto de Reparación Civil a favor de los herederos legales de los agraviados; DISPUSIERON: Reservar el juzgamiento del acusado Teniente de Infantería, Ejército Peruano, Aquilino PORTELLA NUÑEZ, por tener la condición jurídica de reo ausente, hasta que se presente o sea habido, debiendo reiterar con tal fin las órdenes de búsqueda y captura en su contra; ORDENARON: DEJAR SIN EFECTO el auto ampliatorio del apertorio de instrucción de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres, a fojas mil cuatrocientos cincuenta y tres, del Tomo tres, en la parte que comprende a los Sub Oficiales Eduardo SOSA DAVILA y Hugo CORAL SANCHEZ, por la presunta comisión de los delitos de Abuso de Autoridad, Desaparición Forzada de Personas, y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Asesinato, todos ellos en agravio del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta; asimismo el ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO de la instrucción abierta Contra los que Resulten Responsables de los delitos materia de Juzgamiento por haber sido identificados los autores; DISPUSIERON: Que el personal sentenciado cumpla la condena en el Cuartel "Simón Bolívar" de Pueblo Libre, Lima; y MANDARON: Que este fallo sea notificado, publicado y ejecutado con arreglo a ley.

4.2. COMENTARIO

En la madrugada del día 18 de julio de 1992, se produjo una incursión en las instalaciones de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" - La Cantuta, por parte de elementos en número no precisado, que premunidos de armas de fuego y vistiendo prendas de tipo militar, se dirigieron a los alojamientos, primero al de los varones, donde sacaron a 7; seguidamente, a la residencia de mujeres, donde sacaron a 2; para luego pasar a la vivienda del profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ, todos los cuales, en calidad de secuestrados fueron subidos en unos vehículos y trasladados con dirección a la ciudad de Lima.

En el trayecto, en un lugar no precisado, fueron bajados de los vehículos y ultimados con disparos de armas de fuego y luego enterrados primariamente en dos fosas ubicadas en Huachipa, para posteriormente en fecha no determinada ser desenterrados y llevados a otro lugar donde previamente sus restos fueron parcialmente calcinados y enterrados secundariamente en fosas ubicadas en Cieneguilla, quebrada de Chavilca. Los hechos relatados tuvieron como propósito destruir todo vestigio material que pudieran dejar los cuerpos del delito a efecto de lograr su impunidad. Sin embargo, los acontecimientos fueron de conocimiento público en virtud a denuncias que se hicieran ante la Fiscalía de la Nación, y que una vez iniciada las investigaciones con personal especializado, se logró ubicar las referidas fosas, encontrándose un conjunto de restos óseos fragmentados y calcinados, además de ciertos vestigios materiales, consistentes en casquillos de bala, ropa, manojos de llave, etc., los que sometidos a exámenes científicos y diligencias de constatación y verificación, determinaron que dichos restos correspondían al profesor Hugo MUÑOZ SANCHEZ y por lo menos a los estudiantes Bertila LOZANO TORRES, Dora OYAGUE FIERRO, Juan Gabriel MARIÑOS FIGUEROA, Richard Armando AMARO CONDOR y Luis Enrique ORTIZ PEREA, entre otros hechos relevantes para la identificación de los agraviados.

Se logró identificar como los presuntos responsables de los hechos imputados, a los Mayores del Ejército Santiago Enrique MARTIN RIVAS y Carlos Eliseo PICHILINGUE GUEVARA, así como los Sub Oficiales Juan SUPPO SANCHEZ, Julio CHUQUI AGUIRRE, Eduardo SOSA DAVILA, Hugo CORAL SANCHEZ, Juan SOSA SAAVEDRA y Nelson Rogelio CARBAJAL GARCIA.

Posteriormente, el gobierno de Fujimori, a través del Congreso, dicta una ley de amnistía con el fin de favorecer a los miembros del Grupo Colina que habían sido objeto de sentencia condenatoria por parte del Consejo de Justicia Militar, en el caso la Cantuta y en el caso Barrios Altos. De esta forma, decreta la amnistía total para todo delito cometido por personal de seguridad en la lucha contra el terrorismo.

Mediante la Ley N° 26479, el Congreso concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres reclusos por el caso conocido como "La Cantuta", algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos.

En aplicación del control difuso de la Constitución, el 16 de junio de 1995 la Juez Antonia Saquicuray decidió que el artículo 1° de la Ley N° 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú.

La negativa de la Juez Saquicuray de aplicar la Ley de Amnistía N° 26479 provocó otra investigación por parte del Congreso. Antes que pudiera celebrarse la audiencia pública, el Congreso peruano aprobó una segunda ley de amnistía, la Ley N° 26492, que estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos. Dicha ley declaró que la amnistía no era "revisable" en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas.

Sin embargo, en el año 2001, producto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, de fecha 14 de marzo del 2001, que declaró que "las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y,

que por tanto carecen de efectos jurídicos”, la Sala Plena del CSJM, mediante Resolución de fecha 16 de octubre del 2001, declaró nula la Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 1994, que resolvió aplicar en este caso el beneficio de Amnistía General a todos los sentenciados.

Entre sus considerandos, la CIDH, señala lo siguiente:

“(…)

VII - Incompatibilidad de Leyes de Amnistía con la Convención

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8º y 25º de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las

mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

VIII - Derecho a la Verdad y Garantías Judiciales en el Estado de Derecho

Alegatos de la Comisión

45. La Comisión alegó que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son "instrumentales" en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Asimismo, señaló que este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Agregó que, en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.

Alegatos del Estado

46. El Estado no contentió lo alegado por la Comisión a este respecto y señaló que su estrategia en materia de derechos humanos partía de "reconocer responsabilidades, pero más que nada de proponer fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación".

Consideraciones de la Corte

47. En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.

48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.

49. Por lo tanto, esta cuestión ha quedado resuelta al haberse señalado (*supra* párr. 39) que el Perú incurrió en la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial.

(...)

LA CORTE,

DECIDE:

Por unanimidad,

(...)

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutive 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

6. Disponer que las reparaciones serán fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

7. Reservarse la facultad de revisar y aprobar el acuerdo señalado en el punto resolutive precedente y, en caso de no se llegue a él, continuar el procedimiento de reparaciones.

Los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 14 de marzo de 2001”.

De otro lado, el 15 de julio de 2004, el Consejo Supremo de Justicia Militar rechazó la solicitud de nulidad del proceso seguido en la jurisdicción militar sobre el caso La Cantuta, en cuanto a los autores intelectuales.

En resumidas cuentas, es claro que en el caso la Cantuta, los responsables no realizaron una actividad propia de su función, sino que actuaron con premeditación y alevosía, al secuestrar a los estudiantes de la Cantuta, para luego asesinarlos y quemarlos. Se constató que la detención de los agraviados fue ilegal, que no hubo ningún operativo militar que justificara dicha acción, o en todo caso, la acción fue desproporcionada, realizándose fuera de los marcos establecidos por el artículo 2° inciso 20, g) de la Constitución de 1979, vigente al momento de ocurridos los hechos. Se

transgredieron derechos fundamentales, como la libertad, la vida, la dignidad humana, entre otros.

5. INFRACCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL SERVICIO MILITAR¹⁴³

5.1. Exp. N° 120398-014, Sentencia 3JMPL-IIZJE del 08SET1998

...De lo actuado se desprende que el acusado Sub Oficial de Primera, Auxiliar de Inteligencia Operativo..., se declara confeso del hecho de haber gestionado una libreta militar, cobrando la suma de doscientos cincuenta nuevos soles; sin embargo, el procedimiento empleado por el acusado, no ha sido el regularmente permitido; habiendo existido el propósito de un beneficio económico al cobrar por un trámite de esta índole, siendo él quien requirió a cambio de dicha gestión la suma de dinero antes mencionada a la señora ..., teniendo en cuenta que se trata de un Auxiliar de Inteligencia; para este propósito ha recurrido a la suscripción de un compromiso a través de un documento escrito firmado de su puño y letra, tal como lo ha reconocido en su declaración instructiva; que, por la forma y circunstancias como ha ocurrido el hecho delictivo, es evidente que la conducta del Sub Oficial, se encuentra dentro de los alcances de la figura típica del delito de Infracción en la Aplicación de la Ley del Servicio Militar, previsto y penado por el artículo doscientos treinta y cinco, inciso sexto del Código de Justicia Militar...**(Se impuso la pena de 30 días de Reclusión Militar condicional).**

5.2. COMENTARIO

Se trata de un delito donde un servidor público, como es el Sub Oficial de Primera, Auxiliar de Inteligencia Operativo, cuyo nombre no aparece, gestiona la tramitación de una Libreta Militar, de un modo irregular, exigiendo a cambio un beneficio patrimonial. Los juzgadores han interpretado que en vista que se tratar de un personal militar, que tramita una libreta Militar, el supuesto de hecho queda subsumido en el tipo legal regulado por el el artículo 365° inciso 6 del Código de Justicia Militar, que señala que constituye infracción a la Ley del Servicio Militar: “Entregar boleta de inscripción militar o extender libreta de servicio militar a quien no le pertenece o a quien no se hubiese inscrito”.

No existen mayores referencias a cómo ocurrió el hecho delictivo, sin embargo, de lo expuesto en la sentencia, se puede advertir que el supuesto de hecho no se ajusta a la tipificación antes señalada, porque al parecer la Libreta

¹⁴³ Tomado de ALVARADO GONZALVEZ, Pepe, *Jurisprudencia Militar. Penal-Parte Especial*, Lima, 2002, p. 264-267.

Militar fue extendida a una persona cuya identidad coincide con la libreta, y/o fue entregada a una persona que si se inscribió. En realidad, lo que se cuestiona es que el Auxiliar de Inteligencia Operativo cobró por el trámite cuando no debía hacerlo, y no era parte de su obligación. Por ello, afirmo que el supuesto de hecho en todo caso, habría quedado enmarcado dentro de los delitos contra el Deber y Dignidad de la Función, regulado en el artículo 200º inciso 1 del C.J.M., que señala: “Exigir dinero, especie, promesa o cualquier ventaja económica para hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones”.

En cuanto al medio de prueba, existe un documento escrito firmado de su puño y letra, lo que permite corroborar la comisión de la infracción. Asimismo, el propio encausado reconoció en su declaración instructiva, haber cometido el hecho ilícito atribuido.

5.3. Exp. Nº 5297-0029, Sentencia VI-CSJM del 14AGO1997

...Que, el Mayor MAGUIÑA prestó servicios en el mes de Abril de mil novecientos noventitrés en el Batallón de Ingeniería número tres de La Merced, participando como médico en el proceso de reclutamiento anticipado de Mayo del mismo año, llevado a cabo en el Sub Centro de Reclutamiento Organizado de la referida localidad, y no obstante haber auscultado clínicamente y leído la placa radiológica del recluta Raúl VELASQUEZ RICRA, consignó en el Certificado de Reclutamiento para el Servicio en el Activo solo su talla y peso, declarándolo APTO; que, el siete de junio de mil novecientos noventitrés el referido recluta falleció en el Hospital OLAVEGOYA de Jauja a consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda por “TUBERCULOSIS PULMONAR CRONICA”; que, de las investigaciones practicadas en autos se aprecia que peritos del Colegio Médico de Huancayo tuvieron a la vista el examen radiológico practicado al recluta VELASQUEZ RICRA en La Merced, refiriéndose que padecía de “Tuberculosis Pulmonar Derecha”, de lo que se infiere, que el Mayor MAGUIÑA actuó negligentemente al declarar APTO a un individuo enfermo, que debió ser exceptuado del Servicio Militar; que, la conducta del Mayor MAGUIÑA se encuentra prevista y penada en el artículo doscientos treinta y cinco, inciso diez del Código de Justicia Militar, como infracción en la Aplicación de la Ley del Servicio Militar, dado que intervino como médico, en el reclutamiento del Contingente Mayo noventitrés en el Sub Centro de Reclutamiento Organizado de La Merced, hecho que califica su conducta de la forma referida, subsumiéndose el delito genérico de Negligencia en el tipo penal sub materia; que, el veintisiete de Mayo de mil novecientos noventitrés, sesenta y cinco reclutas del Centro de Instrucción Divisionario número treinta y uno de Jauja fueron trasladados a la Ciudad de Huancayo para pasar nuevo examen radiológico, entre ellos, el recluta Raúl VELASQUEZ RICRA; que, en mil novecientos noventitrés, el hoy Coronel de Sanidad Ejército Peruano MORALES prestó servicios como Jefe de la Compañía de Sanidad número treinta y uno de Huancayo, y en su condición de médico, junto con otros dos galenos, tuvo a su cargo la lectura de las placas radiológicas tomadas el veintisiete de Mayo del referido año a sesenta y cinco reclutas, entre ellos, el recluta VELASQUEZ RICRA, declarándolo APTO; que, los

argumentos de defensa esgrimidos por el **procesado Coronel MORALES**, en el sentido de haber leído las placas por los números asignados a los reclutas y que posiblemente el enfermero del Centro de Instrucción Divisionario número treinta y uno de Jauja, encargado de anotar los resultados del exámen en la relación nominal de reclutas, haya consignado por error como APTO al recluta VELASQUEZ RICRA, pierden consistencia, por cuanto, la referida relación, que obra en autos de fojas cuarenta y uno a cuarentitrés, ha sido refrendada y reconocida por él, incurriendo de esta forma por omisión, o descuido en el cumplimiento de sus deberes de función y grado en el delito de Negligencia, al no exigir a un subordinado, enfermero del Centro de Instrucción Divisionario de Jauja, el estricto cumplimiento de sus obligaciones; que, la conducta típica atribuible al **Coronel MORALES** se encuentra prevista y penada en los artículos doscientos treinta y ocho y doscientos cincuentisiete del Código de Justicia Militar; que, el mencionado procesado no resulta ser autor ni responsable del delito de Infracción en la Aplicación de la Ley del Servicio Militar, previsto y penado en los artículos doscientos treinta y cinco y doscientos treintiséis del referido Código Castrense, impropriamente tipificado en el auto de apertura de instrucción de fojas cuarentinueve, pues no ha intervenido en el servicio de reclutamiento o en la ejecución de la Ley del Servicio Militar respecto al recluta Raúl VELASQUEZ RICRA; que, en tal sentido, en correspondencia con lo previsto en el artículo seiscientos dieciséis, inciso e. del Código de Justicia Militar, debe ser absuelto del delito de Infracción en la Aplicación de la Ley del Servicio Militar, por improbad, y condenando por el delito de Negligencia; que, los acusados Coronel MORALES y Mayor MAGUIÑA, no registran antecedentes judiciales en el Fuero Militar y de acuerdo con las copias certificadas de sus Legajos Personales poseen buena conducta y han merecido durante los últimos cuatro años de su carrera calificaciones de sobresaliente y muy bueno, respectivamente, circunstancias objetivas que permiten se les imponga una condena condicional, de acuerdo con lo previsto en el artículo sesentiséis, incisos a. y b. del Código de Justicia Militar; que los nombres correctos del Coronel MORALES son... y no..., como erróneamente se ha referido en el auto de apertura de instrucción de fojas cuarentinueve (El **Coronel** fue absuelto del delito Infracción en la aplicación de la Ley del Servicio Militar, pero fue condenado por Negligencia, a la pena de 60 días de Reclusión militar condicional; el **Mayor** fue condenado por el delito de Infracción en la Aplicación de la Ley de Servicio Militar, a la pena de 60 días de reclusión militar condicional).

COMENTARIO:

El caso alude a la situación de un recluta de nombre Raúl VELASQUEZ RICRA, que murió cumpliendo el servicio militar obligatorio, a consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda por "Tuberculosis Pulmonar Crónica". De la investigación llevada a cabo se pudo constatar que el agraviado, en el proceso de reclutamiento anticipado de Mayo de 1993, fue revisado por el médico, Mayor MAGUIÑA, quien lo auscultó y leyó la placa radiológica del citado recluta, pero que en forma negligente declaró apto a un enfermo. Por este hecho se le abrió instrucción al Mayor MAGUIÑA por la infracción tipificada en el artículo 235º inciso 10 del Código de Justicia Militar, que señala como

infracción en la Aplicación de la Ley del Servicio Militar: “No exceptuar del servicio militar a quien la ley ampara”.

Posteriormente, el 27 de mayo de 1993, el mismo agraviado, con otros 64 reclutas más, fueron trasladados a Huancayo, donde fueron objeto de un nuevo examen radiológico, siendo visto por el hoy médico Coronel de Sanidad Ejército Peruano MORALES, quien junto con otros dos galenos, tuvo a su cargo la lectura de las placas radiológicas, entre ellos, la del recluta agraviado VELASQUEZ RICRA, declarándolo APTO. Por este hecho se le abrió instrucción por las infracciones contenidas en los artículos 238º y 257º del Código de Justicia Militar, la misma que tipifica el delito de negligencia en la modalidad de “omisión de los deberes que corresponden a su cargo” y de omisión al no exigir a sus subordinados el estricto cumplimiento de sus obligaciones”.

De la investigación realizada se comprobó que efectivamente, los dos médicos procesados, participaron en la revisión médica que le realizaron al agraviado, lo que permite corroborar su participación en los hechos instruidos. Sin embargo, el supuesto de hecho no encuadra en los tipos penales imputados a los encausados, advirtiéndose por tanto una inadecuada y errónea calificación de los hechos. En realidad la conducta por la cual debió aperturarse instrucción es la de homicidio culposo, tipificado en el artículo 111º del Código Penal. Por esta razón, los encausados debieron haber sido procesados y sentenciados en el fuero común, dado que se trata de un delito común y no un delito de función. En este caso, ambos médicos inobservaron reglas elementales de su profesión, lo que causó que el agraviado muriera.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

7. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN

EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, ASUNTO DEFENSORÍA DEL PUEBLO

En Lima, a los 16 de días del mes de marzo de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley N.º 24150 (la Ley, en adelante), modificada por el Decreto Legislativo N.º 749.

ANTECEDENTES

A. De la demanda

La entidad demandante, con fecha 16 de setiembre de 2003, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 5º, incisos b), c), d), e) y h); y 8º, 10º y 11º de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción. Alega que las disposiciones impugnadas exceden la potestad de controlar el orden interno otorgada a las Fuerzas Militares durante la vigencia del estado de emergencia, que prescribe el artículo 137º, inciso 1, de la Constitución; violan la autonomía de los gobiernos locales y regionales garantizada por los artículos 192º, 195º, 165º y 166º de la Constitución; y afectan el principio de legalidad enunciado en el literal a) del inciso 24) del artículo 2º de la misma Norma Suprema.

(...)

§5. La justicia militar y los delitos de función

1. Se aduce también que es inconstitucional el artículo 10º de la Ley N.º 24150. Dicho precepto establece que:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

2. A efectos de pronunciarnos sobre esta materia cabe efectuar algunas precisiones teóricas, las mismas que a continuación se desarrollan.

5.1. Los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

3. Según el artículo 138° de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Entre los principios que rigen la administración de justicia se encuentran, entre los que aquí interesa resaltar, los denominados de unidad y exclusividad.
4. El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado “Poder Judicial”.
5. Evidentemente, ello no quiere decir que en el seno del Poder Judicial no se puedan establecer “secciones especializadas”, que se sustenten en razones objetivas y razonables destinadas a optimizar la prestación de tutela jurisdiccional, como pueden ser los criterios de materia, territorio, cuantía, etc.
6. En suma, en su sentido orgánico, el principio de unidad garantiza la exigencia de que los juzgados y tribunales formen un único cuerpo organizado, con un gobierno común, organizados por instancias o niveles funcionales de actuación, independientes entre sí.
7. El principio de exclusividad, que en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad, es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio.

En ese sentido, el principio de *exclusividad* afecta, de un lado, al *status* jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.

8. De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.
9. De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse el ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139° inc. 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por “órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” [inc. 1) y 3), art. 139° de la Constitución].

5.2. El principio de exclusividad y las jurisdicciones especializadas

119. El principio de exclusividad de la función jurisdiccional debe concordarse con el tratamiento constitucional que la Norma Suprema, *in toto*, brinda al ejercicio de la función jurisdiccional.

1. Desde este punto de vista, conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, una de esas excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada “jurisdicción militar”. Asimismo, debe advertirse que los principios de unidad y exclusividad judicial tampoco niegan la existencia de “jurisdicciones especializadas”, como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones.
2. En suma, las excepciones previstas a los principios de unidad y exclusividad, en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, no son las únicas constitucionalmente admisibles. Al lado de la jurisdicción militar y arbitral, existen otras *jurisdicciones especializadas*, es decir organismos de naturaleza jurisdiccional que administran un tipo de justicia especializada, como la constitucional y la electoral.
3. Evidentemente, la existencia de jurisdicciones especializadas no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una “jurisdicción de excepción”. Con este último concepto se alude a órganos *ad hoc*, creados para realizar el juzgamiento de un determinado conjunto de conductas, normalmente de naturaleza política, y que no pertenecen a la estructura del Poder Judicial, por lo que se encuentran prohibidos por la Norma Suprema.

5.3. Los alcances funcionales de la jurisdicción ordinaria. Sus relaciones con las jurisdicciones especializadas

4. Que la Constitución admita la tesis de que existen algunas jurisdicciones especializadas que comparten el ejercicio de la impartición de tutela judicial con el Poder Judicial, no implica que los linderos entre ésta y aquéllas aparezcan como difusas, y que, en consecuencia, se haya dejado librada a la decisión del legislador la determinación del ámbito de actuación de cada una de ellas.
5. Al respecto, debe precisarse que el ámbito de funcionamiento de los órganos que imparten justicia especializada se encuentra determinado por estrictos criterios materiales, en tanto que en el caso del Poder Judicial, este es competente para conocer de todas aquellas controversias de índole jurídica que no sean susceptibles de ser conocidas y resueltas por los órganos que ejercen jurisdicción especializada.
6. Desde esta perspectiva, entonces, el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas, es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.

5.4. La jurisdicción militar y los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

1. Como se ha sostenido, el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución establece que la existencia de la jurisdicción militar constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial. Con independencia de que en la STC N.° 0023-2003-AI/TC, aun pendiente de expedirse, tengamos que centrarnos en los alcances constitucionales de la norma legal que regula la configuración orgánica de la jurisdicción militar, es pertinente ahora analizar los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar.

2. Como se sabe, la Constitución asigna a la jurisdicción militar la tarea de juzgar a aquellos militares o policías que, en el ejercicio de sus funciones, hayan cometido delitos de función. Dicha determinación del ámbito competencial de la jurisdicción militar, concretamente, está consignada en el artículo 173° de la Norma Suprema, a tenor del cual:

“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.

5.4. El delito de función

3. La primera parte del artículo 173° de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
4. Así, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía.

La justicia castrense no constituye un “fuero personal” conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un “fuero privativo” centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

5. Asimismo, constitucionalmente tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución. La Constitución proscribe, por ejemplo, que civiles que eventualmente puedan ocasionar agravios sobre bienes jurídicos de las instituciones castrenses o de la Policía Nacional, puedan ser sometidos a los tribunales militares. En ese sentido, en la STC N.° 0010-2001-AI/TC, se estableció que los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173° de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con los derechos constitucionales de orden procesal.
6. Finalmente, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la Norma Suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, “(...) No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como

tales (...)” [Germán Bidart Campos, “El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina”, en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Editorial Grigley, Lima 1997].

7. El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.
8. Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.
9. Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

1. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

2. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.
3. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del

ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

(...)

Por estos fundamentos, y con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere, este Tribunal Constitucional

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia:

1. Inconstitucionales los incisos c), d) y e) del artículo 5°, modificados por el Decreto Legislativo N.° 749, y el artículo 11° de la Ley N.° 24150.

2. Inconstitucional la frase “político” del artículo 4° de la Ley N.° 24150; de modo que dicho artículo 4° se mantendrá con el siguiente texto:

“El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar que está a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República”.

3. Inconstitucional la frase “asegurar” del inciso b) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, modificado por el Decreto Legislativo N.° 749, subsistiendo dicho inciso de la siguiente manera:

“b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la Pacificación Nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico”.

4. Inconstitucional la frase “(...) y la acción de gobierno y control político administrativo” del artículo 8° de la Ley N.° 24150, el cual se mantiene con el siguiente enunciado lingüístico:

“Art. 8. En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que suma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares”.

5. Inconstitucional el párrafo “Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en

estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código” del artículo 10° de la referida Ley N.° 24150. En consecuencia, dicho artículo 10° subsiste con el siguiente texto:

“Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene, disponiendo que el artículo 2° de la Ley N.° 24150 se interprete conforme a los Fundamentos N.°s 41 y 42 de esta sentencia.
3. **EXHORTAR** a los poderes públicos para que dicten las disposiciones legales de naturaleza económica a favor de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta lo expuesto en el Fundamento 30 de esta sentencia, en aras de asegurar el cabal cumplimiento de lo establecido en los artículos 137° y 163° de la Constitución.

Dispone la notificación a las partes, la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano* y de su parte resolutive en otro diario de circulación nacional; y el archivamiento del proceso.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

1. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR Y DE LA LEY ORGANICA DE JUSTICIA MILITAR

**EXP. N.° 0023-2003-AI/T C
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de junio de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra los artículos II y III del Título Preliminar del Decreto N.° Ley 23201, Ley Orgánica de

Justicia Militar; el primer y segundo párrafo del artículo 374°; el cuarto y quinto párrafo del artículo 375°, y los artículos 269°, 378° y 387° del Decreto Ley N.° 23214, Código de Justicia Militar; la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 27860, del Ministerio de Defensa, en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar; así como el segundo y último párrafo del artículo 6°, los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 7°, el segundo párrafo del artículo 8°, los incisos 1), 6) 14), 15), 19) y 20) del artículo 12°, el inciso 2) del artículo 14°, el primer y segundo párrafo del artículo 22°, el primer y tercer párrafo del artículo 23°, el segundo, cuarto y quinto párrafo del artículo 31°, el segundo párrafo del artículo 32°, los literales a), b) y c) del artículo 65°, el segundo párrafo del artículo 75° y los artículos 15°, 38°, 62°, 63°, 65°, 66°, 67°, 69° y 81° de la mencionada Ley Orgánica de la Justicia Militar.

ANTECEDENTES

La demandante cuestiona la constitucionalidad de determinados artículos del Decreto Ley N.° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (en adelante LOJM); del Decreto Ley N.° 23214, Código de Justicia Militar (en adelante CJM); y de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por considerar que afectan los principios de exclusividad y de inamovilidad, y de exclusiva protección de los bienes jurídicos; la garantía de independencia; la autonomía constitucional del Ministerio Público; y los derechos fundamentales de acceso a jueces y tribunales imparciales e independientes, de defensa y de igualdad.

Argumentos de la Defensoría del Pueblo

La demandante sostiene que el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar de la LOJM vulnera el marco constitucional que legitima el recurso al Derecho Penal, contemplado en los artículos 43°, 44°, 45° y 200° de la Constitución, debido a que establece que los Tribunales de la Justicia Militar están encargados de mantener, en las Fuerzas Armadas y en la Policía, la “moralidad”, el “orden” y la “disciplina”, reprimiéndose el quebrantamiento de ellos en los casos previstos por ley. Agrega que estas tres categorías, además de ser etéreas y sin un contenido material concreto, no cuentan con respaldo constitucional, ya sea porque aluden a conductas carentes de dañosidad social, como el caso de la “moralidad”, o porque no se justifican desde la exigencias de subsidiariedad y fragmentación, como el caso del “orden” y la “disciplina”.

Asimismo, refieren que el artículo 269° del CJM contraviene los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona, así como la cláusula de igualdad, por reprimir las prácticas homosexuales entre militares, aun cuando éstas se realicen fuera de un local militar.

Respecto de los principios propios de la unidad jurisdiccional, consagrados, fundamentalmente, en los artículos 139° y 146° de la Constitución, aduce que también son aplicables en el ámbito de la jurisdicción militar, toda vez que la jurisdicción en un Estado es única e indivisible, aun cuando no forme parte del Poder Judicial. Afirma, que: “(...) no es posible sostener la existencia de *distintas* o *varias* jurisdicciones, sino simplemente de manifestaciones de la misma en función de la competencia de los órganos, todos ellos sometidos a principios y garantías comunes (...)”, y que ello no implica desconocer o negar la posibilidad de que algunas garantías integrantes del

principio de unidad jurisdiccional puedan ser aplicadas con matices o modulaciones razonables y justificadas en el ámbito de la justicia castrense, pero que en ningún caso puede admitirse su desconocimiento o la afectación de su esencia.

En cuanto a la garantía de independencia, precisa que ésta no admite modulaciones, pues al constituirse en un elemento esencial del principio de unidad jurisdiccional, es exigible a todo órgano que pretenda ejercer válidamente la potestad jurisdiccional. Refiere que ella se materializa en dos prohibiciones esenciales: 1) la exclusión de la incidencia del Poder Ejecutivo en la creación y composición de los órganos jurisdiccionales; y 2) la prohibición de los tribunales de excepción o tribunales *ad hoc* para la decisión de determinados asuntos; y que vulneran esta garantía las siguientes disposiciones:

- La Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por incorporar al Consejo Supremo de Justicia Militar como una Unidad Ejecutora del Ministerio de Defensa.

El primer párrafo del artículo 23º de la LOJM, por disponer que el nombramiento del Presidente y Vocales de los Consejos sea realizado por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.

El tercer párrafo del artículo 31º y segundo párrafo del artículo 32º de la LOJM, por establecer que el nombramiento de los Jueces Instructores Permanentes, así como el número de ellos, dependa del Poder Ejecutivo.

El primer párrafo del artículo 6º; el inciso 15) del artículo 12º; el primer y segundo párrafo del artículo 22º; y el artículo 31º de la LOJM, por permitir que efectivos en actividad formen parte del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Los artículos 62º, 63º y 65º, por permitir que la incorporación y ascenso en la carrera judicial se encuentren estrechamente ligados al grado y régimen jurídico militar.

Los artículos 66º y 69º de la LOJM, por establecer que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial, respectivamente.

Asimismo, vulneran la exigencia constitucional de independencia interna, debido a los niveles de dependencia existente respecto a los órganos de mayor jerarquía, los artículos III y 15º del Título Preliminar de la LOJM. En el mismo sentido, los incisos 1) y 6) del artículo 12º de la LOJM, que establecen que el Consejo Supremo de Justicia Militar podrá revisar las sentencias de los Consejos y trasladar los juicios militares, en cualquier estado del proceso, de un Consejo a otro, lo que además afecta la garantía del juez predeterminado por ley.

Los incisos 14), 19) y 20) del artículo 12º de la LOJM, por autorizar al Consejo Supremo a ordenar el inicio de instrucción, ejercer potestad disciplinaria e intervenir en la conformación de los órganos judiciales, respectivamente. De la misma manera, se vulnera la garantía de la independencia mediante el inciso 2) del artículo 14º de la LOJM, en la medida que atribuye al presidente del Consejo Supremo la potestad de designar las salas correspondientes.

El primer, segundo y tercer párrafo del artículo 7°, un extremo del artículo 8°, el inciso 2) del artículo 14° y el artículo 22°, por trasladar la lógica de la subordinación castrense al interior del Consejo Supremo de Justicia Militar, determinando los grados que deben ostentar los miembros para su conformación, incluso para el caso del Fiscal General y el Auditor, quienes, aun cuando en estricto no cumplen funciones jurisdiccionales, también requieren la garantía de la independencia.

Asimismo, en lo que se refiere a la garantía de exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional, la demandante alega que ésta también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense. De acuerdo a esta garantía, la función jurisdiccional debe ser ejercitada exclusivamente por determinados órganos del Estado. Sostiene que la exclusividad presenta una vertiente positiva y otra negativa; por la primera, el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción y los únicos que pueden ejercerla son los jueces y tribunales que son independientes respecto de cualquier poder del Estado, no siendo posible que la potestad jurisdiccional sea asignada, por el legislador, al Poder Ejecutivo o Legislativo; por la segunda, los órganos y funcionarios a los que se atribuye la potestad jurisdiccional están obligados a ejercer esta actividad de manera exclusiva, sin compartirla con otra función pública o privada, salvo aquellas que estén autorizadas por la Constitución. Por ello, considera que esta garantía se vulnera con las siguientes disposiciones:

El primer párrafo del artículo 6°; el primer y tercer párrafo del artículo 7°; el inciso 15) del artículo 12°; el primer y segundo párrafo del artículo 22°; y el segundo y cuarto párrafo del artículo 31° de la LOJM, por admitir que los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales sean profesionales militares, oficiales de armas “en actividad” sujetos al poder de mando castrense, al régimen de grados y ascensos militares, así como legos en derecho.

Los artículos 63° y 65° de la LOJM, en la medida que configuran un sistema en el que los oficiales del cuerpo jurídico militar, que en principio sólo pueden ejercer funciones jurisdiccionales, puedan desempeñarse, además, en funciones no jurisdiccionales en los órganos de justicia castrense.

El inciso 19) del artículo 12° de la LOJM, en tanto atribuye facultades disciplinarias al Consejo Supremo de Justicia Militar sobre todos los funcionarios y empleados de la Justicia Militar.

Respecto de la garantía de inamovilidad, sostiene que al formar parte esencial del principio de unidad jurisdiccional, también resulta exigible en el ámbito de la justicia castrense. Esta garantía supone que los magistrados gocen de estabilidad en los cargos jurisdiccionales en los que fueron designados, por lo que no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por las causales y procedimientos establecidos en la ley. De acuerdo a ello, vulneran esta garantía las siguientes disposiciones:

El primer párrafo del artículo 6°; el primer y tercer párrafo del artículo 7°; el inciso 15) del artículo 12°; el primer y segundo párrafos del artículo 22°; y el segundo y cuarto párrafos del artículo 31° de la LOJM, porque no garantizan la inamovilidad al admitir que los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales, sean profesionales militares en actividad y, por ende, sometidos al poder de mando castrense, así como al régimen

de grados y ascensos militares. Al respecto, aducen, además, que “(...) resulta impensable que un traslado pueda ser condicionado a la voluntad del militar que lo debe sufrir (...)”.

El primer y tercer párrafo del artículo 23° y el artículo 38° de la LOJM, porque sólo garantizan la estabilidad en el cargo por dos años, con la posibilidad de que el tiempo sea menor; así como los artículos 66° y 67° de la LOJM, en la medida que someten a los magistrados del cuerpo jurídico militar al régimen castrense ordinario, y habilitan el cambio de colocación de dichos magistrados a propuesta del CSJM.

Por otra parte, alega que el segundo párrafo del artículo 75°, el último párrafo del artículo 6°, el artículo 22° y los literales a), b) y c) del artículo 65° de la LOJM, que integran a los fiscales al cuerpo jurídico militar en función del grado militar; así como, el primer y segundo párrafos del artículo 374°; el cuarto y quinto párrafos del artículo 375°; el artículo 378° y el artículo 387° del Código de Justicia Militar, son inconstitucionales, por afectar el artículo 158° y el inciso 5) del artículo 159° de la Constitución, que consagran la autonomía e independencia del Ministerio Público.

Finalmente, refiere que esta configuración de la justicia militar, además de afectar las garantías esenciales del principio de unidad jurisdiccional, vulnera un conjunto de derechos fundamentales derivados del principio de igualdad y dignidad de la persona, así como el derecho de acceder a tribunales o jueces imparciales e independientes, y el derecho de defensa. En el caso de este último, sostiene que es vulnerado por el artículo 81° de la LOJM, al admitirse que la defensa de un procesado pueda ser ejercida por un oficial sujeto al poder de mando castrense, sin formación jurídica.

Argumentos de la defensa

El Congreso de la República acordó devolver la presente demanda, atendiendo lo dispuesto por la Ley N.° 28098, con la finalidad de que sea el Ejecutivo quien la conteste.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y el abogado Abraham Talavera Delgado, por delegación, contestan la demanda y proponen la excepción de caducidad, por considerar que el plazo para interponer la demanda ha vencido en exceso.

En cuanto al fondo de la demanda, refieren que la misión especial de las Fuerzas Armadas hace necesario el reconocimiento constitucional de las características *sui generis* de las leyes y los reglamentos que la regulan; que la demandante confunde el Derecho Penal militar con el Derecho Penal común, al postular que la “moral”, el “orden” y la “disciplina” no pueden ser bienes jurídicos por no contener dañosidad social; que la escala de valores que sirve de base a las normas jurídicas penales militares contiene bienes jurídicos que para un ciudadano común constituirían faltas de naturaleza ética, pero que, para el fuero militar, constituyen delitos graves; y que, por consiguiente, el artículo II del Título Preliminar de la LOJM no se contrapone a la Constitución, pues los principios como el “orden”, la “moral” y la “disciplina” se encuentran materializados en los artículos 78° al 306° del CJM.

En relación a la alegada vulneración del principio de igualdad por parte del artículo 269° del Código de Justicia Militar, sostienen que ésta carece de fundamento, toda vez que la homosexualidad es expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de la vida militar.

En cuanto a la aludida violación del principio de unidad jurisdiccional, alegan que la Justicia Militar es autónoma y que su ejercicio no depende de ninguna autoridad administrativa, conforme a lo dispuesto por el artículo IV de la LOJM, que establece que los vocales o jueces no pueden ejercer empleo, cargo o comisión ajenas a su función. Asimismo, sostienen que cuando el Consejo Supremo de Justicia Militar revisa las sentencias de los Consejos de Guerra, no se vulnera la independencia interna de éstos, toda vez que se trata de una facultad de los órganos jurisdiccionales superiores, tal como se puede verificar en el caso del fuero común, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el Código Procesal Civil, establecen la procedencia del recurso de revisión contra resoluciones judiciales de determinados órganos jurisdiccionales.

Respecto de los nombramientos del Presidente y Vocales de los Consejos de la Justicia Militar por el Poder Ejecutivo, sostienen que estas facultades son justificadas, toda vez que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y como tal tiene la obligación de velar por el orden interno y la seguridad exterior, así como de presidir el sistema de defensa nacional, entre otras. Por otra parte, alegan que los nombramientos de los jueces militares por parte del Consejo Nacional de la Magistratura no resulta viable, pues, debido a las funciones y estructura de las Fuerzas Armadas y Policiales, y a fenómenos como el terrorismo, éstas se encuentran obligadas a tener puestos militares en diversas zonas andinas y de selva, por lo que es justificado que sea el Poder Ejecutivo el que nombre a estos jueces.

Sobre la presunta interferencia en los órganos de la justicia militar, debido a que la LOJM dispone trasladar los juicios militares de un consejo a otro en cualquier estado del procedimiento, refieren que ésta es una facultad que también existe en el fuero común, tal como se advierte del artículo 95° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que autoriza al Fiscal a solicitar la transferencia de competencia cuando ocurren situaciones como las anteriormente mencionadas. De igual modo, sobre las facultades de carácter disciplinario del Consejo Supremo de Justicia Militar, afirman que la Sala Plena de la Corte Suprema goza de las mismas facultades, por lo que no se aprecia violación de la garantía de exclusividad.

Respecto a la supuesta vulneración de las garantías de independencia e imparcialidad en cuanto a que los jueces militares poseen grado militar y, por tanto, están sometidos a la jerarquía castrense, mencionan que el establecimiento de estos grados es justificado por la naturaleza del cuerpo militar y, además, porque es acorde con los objetivos del Decreto Ley N.° 21148, Ley de Ascensos de la Carrera Militar, así como su respectivo reglamento. De igual modo, sostienen, respecto a la facultad del Presidente para designar la composición de las Salas, que ésta es similar a aquella que posee el Presidente de la Corte Suprema y los Presidentes de las Cortes Superiores, tal como se aprecia del inciso 7) del artículo 76°, e inciso 7) del artículo 90° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la denunciada vulneración de la garantía de inamovilidad, refieren que la demandante propugna una inamovilidad “absoluta”, que resulta inaplicable en virtud de la estructura de la Fuerza Armada.

Frente a la objeción de que la Justicia Militar no está compuesta por personal letrado, sostienen que esta afirmación es falsa, toda vez que los jueces, vocales y presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, son abogados con grado militar y estudios superiores de especialización por exigencia de la Ley de Ascensos. Asimismo, refieren que la función jurisdiccional la ejercen de manera exclusiva, no pudiendo desempeñar ninguna otra misión o encargo particular, tal como dispone el artículo IV del Título Preliminar de la LOJM.

Con relación a la vulneración de la autonomía e independencia del Ministerio Público, aducen que la justicia militar, por la naturaleza de su función, es un sistema mixto (inquisitivo y acusatorio), de modo que un Consejo o un Juez pueden abrir instrucción ante la negativa del fiscal. También sostienen que la facultad de denunciar que posee el Presidente de la República se justifica por su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Finalmente, expresan que el Consejo Supremo de Justicia Militar constituye un pliego presupuestario independiente, y que el hecho de que provisionalmente haya sido considerado en una Disposición Complementaria de la Ley Orgánica del Ministerio de Defensa, no implica su subordinación, ni menos su integración a dicho sector, lo que se demuestra al verificarse que no se encuentra considerado en el organigrama de dicho Ministerio.

FUNDAMENTOS

§1. Sobre la excepción de prescripción de la acción

1. El Tribunal Constitucional considera que la excepción de prescripción interpuesta debe ser desestimada, toda vez que al momento de evaluar la admisión de la demanda, este Colegiado verificó el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad exigidos por la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

§2. Decretos Leyes pre-constitucionales y Constitución de 1993

2. Antes de entrar al análisis de las normas impugnadas –compuesta especialmente por normas con rango y fuerza de ley pre-constitucionales–, debe mencionarse que este Tribunal, en la sentencia del Caso de la Legislación Antiterrorista (Exp. N.º 010-2002-AI/TC, FJ 13), sostuvo que de acuerdo a la *teoría de la continuidad*, los Decretos Leyes, pese a ser espurios, perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales–, por lo que es posible no sólo que se realice un juicio de compatibilidad de acuerdo con un criterio cronológico [Constitución posterior deroga ley anterior], sino también uno con un criterio jerárquico [Constitución prevalece sobre la legislación].

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad.

§3. Delimitación del Petitorio

3. La demandante ha planteado, fundamentalmente, los siguientes argumentos:

a) Que la configuración actual de la jurisdicción militar, delimitada por las cuestionadas leyes, vulnera principios de la Administración de Justicia tales como la unidad, independencia, imparcialidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales, así como los derechos de los efectivos militares a acceder y ser juzgados por tribunales imparciales e independientes, y de defensa.

b) Que determinados artículos de la LOJM y CJM vulneran la autonomía e independencia del Ministerio Público, por establecer, entre otras cosas, un órgano propio a cargo de la titularidad de la acción penal y permitir que los fiscales militares tengan grado jerárquico.

c) Que el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar de la LOJM vulnera el marco constitucional que legitima el recurso al Derecho penal, aduciendo que la “moralidad”, “orden” y “disciplina” no pueden ser la fuente de donde se deriven los objetos de protección penal.

d) Que el artículo 269° del CJM, que sanciona al militar que practique actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del local militar, vulnera el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de dignidad de la persona y la cláusula de igualdad.

§4. El Estado social y democrático de Derecho, el principio de separación de poderes y la jurisdicción militar

4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello desconocer los derechos y las libertades fundamentales.

Al respecto, Montesquieu, en su obra “El Espíritu de las Leyes” sostuvo que: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de poderes, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares”.

5. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

6. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.

7. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

8. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73] .

La función jurisdiccional

9. Orlando J. Gallo [La Justicia Constitucional. en Curso de Derecho Constitucional IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pág. 348] señala que: “En un sentido amplio, ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado, conforme a la distinción que se tornará clásica luego de su formulación por Montesquieu [...], Sin embargo, en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quienes infringen sus mandatos”.

10. En esa misma orientación, Daniel Oswaldo Ruiz [El Poder Judicial: En Instituciones de Derecho Público. Buenos Aires: Ediciones Mocchi, 1997.] plantea que “La función jurisdiccional consiste en la aplicación de la ley a los efectos de resolver controversia, litigios o causas [...]”.

11. A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder-deber.

12. Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del Estado, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será el competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley.

13. El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

a) Interés social en la composición del conflicto.

- b) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- c) Aplicación de la ley o integración del derecho.

El concepto “jurisdicción” se encuentra regulado por dos clases de facultades: las primeras relativas a la decisión y ejecución que se refieren al acto mismo; y las segundas concernientes a la coerción y documentación que, de un lado, tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio, y de otro, a acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales, otorgándoles permanencia, así como una fijación indubitable en el tiempo, es decir, el modo y forma en que se desarrollan.

14. El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.

La unidad de la función jurisdiccional

15. Este principio está reconocido por el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, que prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de lo arbitral y lo militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

Conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, en virtud de lo cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos. Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II Madrid: Tecnos, 2000, pág. 245] expone que: “El principio de unidad jurisdiccional es una consecuencia del principio de división de poderes [...]”. De allí que, como veremos más adelante, genere las manifestaciones de exclusividad y de asiento de la organización y funcionamiento de la administración de justicia.

16. La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

17. El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. N.º 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: “(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)”.

18. Ahora bien, el principio de unidad no obsta que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados especializados; siempre que dichos órganos intrajurisdiccionales aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

19. En ese orden de ideas, Justicia Viva [Manual del Sistema Peruano de Justicia. Lima: Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú y Jueces para la Justicia y Democracia, 2003, págs. 22-23] expresa que: “(...) el principio de unidad jurisdiccional conlleva que todos los jueces han de sujetarse a un estatuto orgánico único, el que será de tal naturaleza y características que garantice la independencia. En última instancia, entonces, el principio de unidad jurisdiccional ha de entenderse como una garantía de la independencia judicial, lo que acarrea los siguientes rasgos comunes a toda judicatura ordinaria : (i) estatuto personal único, (ii) jueces técnicos (letrados) y de carrera, (iii) formación de un cuerpo único (el Poder Judicial) y (iv) sujeción a los órganos de gobierno del Poder Judicial”.

20. Por error de técnica, si bien en el artículo 139º de la Constitución se señala que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”, en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, existen otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139º); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149º); y la Constitucional (artículo 202º).

El principio de exclusividad

21. Este principio está previsto por el inciso 1 del artículo 139º de la Constitución, que preceptúa que son principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

22. Conceptualmente, la exclusividad se concibe como la prohibición constitucional al legislador, de que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial.

23. Justicia Viva [Ob. Cit. pág. 23] acota que el referido principio ostenta un doble sentido: positivo y negativo.

En el sentido positivo es el resultado de la confluencia de los principios de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución) y de tutela judicial efectiva (inciso 3 del artículo 139º de la Constitución).

En el sentido negativo, excluye a la potestad jurisdiccional de otros cometidos públicos distintos a la dirimencia de los conflictos jurídicos en sede judicial.

24. Como antes se ha dicho, si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces.

25. De igual modo, la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Parágrafo 71]

§5. Los principios de independencia e imparcialidad, la garantía de inamovilidad y la jurisdicción militar

La independencia judicial

26. El inciso 2 del artículo 139° de la Constitución consagra este principio en los siguientes términos: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámites, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

27. Como bien afirma Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II. Madrid. Tecnos, 2000, pág 243]: “La consagración de la independencia del Poder Judicial se entronca históricamente con la propia doctrina de la separación de poderes”.

Añade que dicha proclamación [Ob. Cit pág., 244] (...) “debe ser considerada como un requisito indispensable para poder hablar de un auténtico Poder Judicial y de un verdadero Estado de Derecho”. De allí que la independencia se encarama como en el valor capital de la justicia.

28. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

29. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

30. Juan Cano B. [Derecho Constitucional. Volumen II. Obra Colectiva. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 441] lo concibe como la ausencia de vínculos de sujeción o de

imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo.

31. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se , salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber:

a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.

b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.

c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.

32. Conforme a lo expuesto, ningún órgano estatal está autorizado para funcionar desvinculado de la Norma Suprema, toda vez que las denominadas “garantías judiciales”, consagradas tanto en nuestra Norma Fundamental como en la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo son de aplicación en sede del Poder Judicial, sino también en cualquier otro ámbito en el que se ejerza, formal o materialmente, funciones de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los órganos que integran la jurisdicción militar.

33. La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [“es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa”]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.

El principio de imparcialidad

34. Mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad –estrechamente ligado al principio de independencia funcional– se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones:

a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso.

b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Por consiguiente, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues tal como lo sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en criterio que este Colegiado comparte: “[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)” (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984).

Debe tomarse en cuenta que si bien, , la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión.

La garantía de inamovilidad de los jueces

35. Dicho principio se encuentra previsto en el inciso 2 del artículo 146° de la Constitución, que prescribe que: “el Estado garantiza a los Magistrados Judiciales [...]

2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento”.

Conceptualmente, tal como señala Francisco Fernández Segado: [El Sistema Constitucional Español. Madrid: Dyckinson, 1992, pág. 1065] la inamovilidad tiene como fin fortificar la de resistencia del Poder Judicial frente a los embates del Ejecutivo. Se establece como un valladar contra la remoción y el apartamiento de una causa, impuesta por la vía del traslado sin consentimiento, convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado.

Juan A. Gonzales Calderón [Curso de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1984, pág. 548] comenta que: “(...) la inamovilidad de los jueces es una de las conquistas más notables de pueblos libres. Es la única garantía verdadera de independencia de los magistrados judiciales en el desempeño de sus cargos. Los pone a cubierto de reacciones extremas, ya provengan de otros poderes, ya de las personas que, gozando de las influencias oficiales, pretenden ejercer presión sobre sus conciencias”.

Para el Tribunal Constitucional, la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el status jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que, importa tomar en cuenta dos aspectos:

a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial.

b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro.

Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías “temporales” de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente.

Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas.

36. Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales.

37. Consecuentemente, en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, delimitándola como jurisdicción especializada y, en algunos casos, restringiéndola a tiempos de guerra. Las garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra.

§6. Análisis de constitucionalidad de la configuración actual de la jurisdicción militar

38. Previamente, es necesario mencionar, respecto del cuestionamiento de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, que incorporaba al Consejo Supremo de Justicia Militar como Unidad Ejecutora del referido Ministerio, que tal dispositivo fue derogado por el artículo 1º de la Ley N.º 28297, publicada el 22 de julio de 2004, por lo que, en este extremo, ha operado la sustracción de la materia.

Incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

39. La demandante impugna la constitucionalidad de los artículos 6º, 12º y 31º del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM), que establecen lo siguiente:

“Artículo 6°.- El Consejo Supremo de Justicia Militar está integrado por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de los cuales son Vocales, tres de cuyos integrantes deberán ser del Cuerpo Jurídico Militar (...)”.

“Artículo 22°.- En cada una de las zonas judiciales habrá un Consejo de Guerra compuesto (...) de dos Vocales del grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante FAP en situación de actividad, uno de los cuales deberá ser del Cuerpo Jurídico Militar (...)”

“Artículo 31°.- (...) Los jueces sustitutos suplirán a los Permanentes en caso de necesidad del servicio, cargos que serán desempeñados por oficiales del Cuerpo Jurídico (...) y a falta de éstos, por oficiales de armas de igual grado (...)”.

40. A juicio de la demandante, tanto el artículo precitado como otros contenidos de la LOJM, autorizan a que oficiales sometidos al poder de mando y sujetos a la jerarquía castrense, puedan ejercer funciones jurisdiccionales, situación que manifiestamente contravendría el principio de independencia judicial, puesto que se trata de personas que ostentan una doble condición a la vez: la de jueces que deben estar sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, y la de militares sometidos a la jerarquía y al mando militares.

41. Por su parte, los demandados alegan que la composición mixta de los tribunales militares se justifica por la necesidad de combinar criterios técnico-militares y conocimientos jurídicos en el respectivo juzgamiento.

42. El Tribunal Constitucional comparte los argumentos expuestos por la demandante, pues el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales.

Idéntico criterio, mutatis mutandis, ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi, a saber: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”. (Párrafo N.º 130).

44. Tal criterio, si bien se efectuó a propósito del juzgamiento de civiles, por la comisión del delito de terrorismo, es también aplicable para el caso del juzgamiento de los profesionales de las armas, ya que si bien es legítimo que tales instituciones tutelares de la República puedan instituir instancias de sanción de faltas administrativas disciplinarias, no lo es si de lo que se trata es del juzgamiento de conductas que configuran delitos de función.

El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la libertad, exige, pues, que éste sea realizado por jueces sobre los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo.

45. Aun en el supuesto de que los jueces militares pretendiesen actuar con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es incuestionable que, objetivamente, la propia estructura de la jurisdicción militar imposibilita tal actuación, tal como se verá más adelante.

En consecuencia, los mencionados artículos 6°, 22° y 31° de la LOJM son inconstitucionales porque contravienen el principio de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el principio de separación de poderes.

46. Por la misma razón, son inconstitucionales los artículos 62°, 63° y 65° de la LOJM por vulnerar el principio de independencia judicial, en tanto establecen que la incorporación y el ascenso en la función jurisdiccional, respecto de los abogados que integran el Cuerpo Jurídico Militar, se someta al sistema de grados de la jerarquía militar y policial. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 66° y 69° de la LOJM, que establecen que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial, y por disponer que el reclutamiento y ascenso de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar se lleve a cabo en cada instituto de conformidad con la legislación pertinente. Y, por conexión, son inconstitucionales los artículos 38° y 67° del mismo Código de Justicia Militar.

Inconstitucionalidad de la “subordinación” o “dependencia” existente entre los órganos de la jurisdicción militar

47. La demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo III del Título Preliminar y del artículo 15° de la LOJM, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo III.- La Justicia Militar es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”.

“Artículo 15°.- Los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales son Tribunales Permanentes jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar (...)”.

48. Sostiene que estas normas son inconstitucionales porque establecen un sistema de subordinación entre los órganos de la jurisdicción militar; y porque la referencia a la autonomía de la justicia militar constituye una mera declaración, teniendo en cuenta la configuración institucional dispuesta por la LOJM. Por su parte, los demandados niegan tales argumentos y se limitan a sostener que la justicia militar es autónoma.

49. Al respecto, este Colegiado debe precisar que el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser

revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.

50. A tal efecto se han establecido distintos niveles jerárquicos en la Administración de Justicia, mediante los cuales se procura dar mayores garantías al procesado para ejercer su defensa. Este diseño del órgano jurisdiccional, desde luego, no supone ningún nivel de “subordinación” o “dependencia” de la instancia inferior respecto a las superiores, pues todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, encontrándose sometidos únicamente al derecho, mediante la Constitución y la ley.

51. La independencia del juez no sólo debe protegerse en relación al Poder Ejecutivo sino, también, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores (independencia funcional).

52. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que tanto el artículo III del Título Preliminar de la LOJM, en el extremo que establece que la Justicia Militar: “(...) en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía”, como el artículo 15° de la mencionada ley, que establece que los Tribunales Permanentes se encuentran jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar, son inconstitucionales por vulnerar el principio de independencia de la función jurisdiccional.

53. Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales las facultades del Consejo Supremo de Justicia Militar consignadas en el artículo 12° de la LOJM, que a continuación se mencionan:

- a) La revisión de las sentencias de los Consejos en los casos determinados por la Ley (inciso 1).
- b) El traslado de los juicios militares de un Consejo a otro, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija (inciso 6).
- c) La orden de apertura de instrucción cuando encuentre mérito para ello (inciso 14).
- d) La designación para el ejercicio de funciones judiciales al Oficial en actividad que estuviere legalmente apto en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de ausencia o impedimento de los titulares (inciso 15).
- e) El ejercicio de la jurisdicción disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la Justicia Militar (inciso 19).
- f) La participación en la declaratoria de vacantes y ascensos de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que prestan servicio en la Rama Judicial (inciso 20).

54. De igual modo, son inconstitucionales el artículo 8° y el inciso 2) del artículo 14° de la LOJM, por establecer, como una atribución del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, la composición de Sala; y los artículos 7° y 22° de la mencionada ley, por disponer que en la composición de un mismo tribunal militar puedan existir magistrados con diferente rango militar.

La inconstitucionalidad del nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo

55. De otro lado, la demandante impugna los artículos 23°, 31° y 32° de la LOJM, en los siguientes extremos:

“Artículo 23°.- (...) El Presidente y los Vocales de los Consejos serán nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Sector Pertinente (...).

“Artículo 31°.- (...) El nombramiento de los Jueces Permanentes será hecho por el Poder ejecutivo, el de los Sustitutos por el Presidente del Consejo (...).”

“Artículo 32°.- (...) Habrá tantos Jueces Instructores Permanentes en cada Zona Judicial, cuando lo requieran las necesidades del servicio . Su número será fijado anualmente por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar (...).”

56. Alega que el nombramiento de jueces militares por parte del Poder Ejecutivo evidencia su dependencia respecto de este último, afectándose el principio de independencia de la función jurisdiccional.

57. Por su parte, los demandados sostienen que el artículo III del Título Preliminar de la LOJM establece que la justicia militar es autónoma en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, aducen que, siendo el Presidente de la República el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, es una consecuencia lógica que los nombramientos de los presidentes y vocales de la Justicia Militar sean expedidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.

58. A juicio del Tribunal Constitucional, no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a quienes integran los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional y a los Jueces Instructores Permanentes, e incluso cuando tiene competencia para disponer el número de jueces que debe existir de acuerdo a las necesidades del servicio. La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad.

59. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso Castillo Petrucci, sostuvo que “(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares” (párrafo N.º 130).

60. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que los respectivos extremos de los artículos 23°, 31° y 32° del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, son inconstitucionales por contravenir el principio de independencia de la función jurisdiccional.

La garantía de inamovilidad de los jueces militares

61. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 23° de la LOJM, en cuanto establece, respecto del Presidente y los Vocales de los Consejos, que:

“Artículo 23°.- (...) permanecerán en el cargo no menos de dos años. Las fechas de cambio de empleo se escalonarán de modo que la renovación del personal de los Consejos se haga por tercios. Sólo por razón de tal escalonamiento, o por necesidades urgentes del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo podrá ser menor que la establecida en este artículo”.

62. La demandante sostiene que en la jurisdicción militar el principio de inamovilidad de los jueces es vulnerado permanentemente, pues se somete a los jueces militares al régimen jurídico militar, en el cual la decisión sobre los cambios corresponde de manera exclusiva a los mandos militares, sin que tenga mayor relevancia la voluntad o consentimiento del juez transferido. Refiere, también, que esta situación es evidente en el caso de los jueces militares que no pertenecen al cuerpo jurídico militar, pues se encuentran sometidos directamente al poder de mando castrense, que implica deberes de obediencia y disciplina.

Los demandados, por su parte, aducen que la inamovilidad absoluta propugnada por la Defensoría del Pueblo es inaplicable en el ámbito de la jurisdicción militar, debido a las funciones que deben cumplir las Fuerzas Armadas.

En virtud de lo expresado en los Fundamentos N.os 35, 36 y 37 de esta sentencia, el Tribunal no comparte el criterio sostenido por los demandados. Sí entiende, en cambio, que la inamovilidad de los jueces es una garantía que fortalece su independencia e imparcialidad, y que, en cuanto tal inamovilidad, se ha configurado en forma semejante al régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los profesionales de las armas, por lo que resulta inconstitucional.

En consecuencia, el artículo 23° de la LOJM es inconstitucional por vulnerar el principio de inamovilidad de los jueces.

El derecho de defensa de los efectivos militares y policiales

63. La demandante aduce la inconstitucionalidad del artículo 81° de la LOJM, que dispone lo siguiente:

“Artículo 81°.- (...) Todo enjuiciado ante los Jueces y Tribunales Militares nombrará libremente a su Defensor, quien será abogado u Oficial. Al que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto del servicio y no podrá excusarse de ella ningún Oficial de graduación inferior a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por Ley”.

64. Sostiene que esta norma afecta el derecho de defensa por permitir que un oficial de armas, sin formación jurídica, lleve a cabo las funciones de defensor de oficio. Asimismo, alega que equiparar la defensa de oficio a un “acto de servicio”, prohibiendo que oficiales de determinada graduación puedan excusarse, desnaturaliza completamente la garantía de la defensa letrada, la misma que debe adecuarse a los intereses del imputado, y no al cumplimiento de obligaciones de naturaleza militar.

65. Por su parte, los demandados, refieren que la Defensoría del Pueblo no ha tomado en cuenta que con esta disposición se ha querido respaldar el derecho de defensa de los procesados, debido a que existen lugares aislados, fronteras, entre otros, donde la ausencia de abogados es notoria.

66. El Tribunal Constitucional estima que no es válida ninguna situación de excepción que impida ejercer a una persona sometida a juicio su derecho de defensa, pues este es un elemento integrante del contenido esencial del derecho al debido proceso y, como tal, debe ser reconocido en toda circunstancia.

67. En la medida que uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho de defensa consiste en la facultad de elegir, o no, a un defensor de su elección (inciso 14 del artículo 139° de la constitución), el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que en el impugnado artículo 81° del CJM se haya previsto que la autoridad judicial pueda nombrar a un defensor para el enjuiciado que se hubiere rehusado expresamente a contar con uno.

68. Igualmente, es inconstitucional que en dicho precepto se haya autorizado que la posibilidad de elegir a un defensor pueda recaer en un oficial, so pretexto, como se ha expuesto en la contestación de la demanda, que en determinados lugares no existen letrados.

69. La defensa técnica o letrada consiste en la asistencia de un profesional del Derecho en el proceso, y tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de armas y la efectiva realización de contradictorio, por lo que su ejercicio no puede ser encomendado a efectivos militares que carecen de formación jurídica. Por ello, en el caso de que un procesado no cuente con los recursos económicos que le permitan contar con un defensor de su elección, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa mediante la incorporación de un defensor de oficio.

70. Asimismo, es inconstitucional que en dicho artículo 81° se haya previsto que, cuando se nombre a un militar en situación de actividad como defensor, tal defensa constituya un “acto de servicio”, y que de ella no pueda excusarse el militar designado.

En primer lugar, debe precisarse que el ejercicio efectivo del derecho de defensa no puede estar en manos de un individuo que se encuentra sometido a una intensa relación de sujeción especial con la institución cuyos bienes jurídicos protegidos han sido transgredidos, y en el que sus miembros se encuentran sometidos también a una intensa sujeción a los principios de jerarquía y disciplina castrenses.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que la prestación de un servicio público como es la defensa judicial haya sido considerado

como un “acto de servicio”, cuando se trata de una actividad absolutamente ajena a las asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Finalmente, el Tribunal considera que es también inconstitucional que sobre una actividad ajena a los objetivos y fines de la institución castrense a la que pertenece, un oficial no pueda excusarse de prestar el servicio de defensa ante un tribunal militar. Dado que tal defensa está fuera del ámbito del “acto de servicio”, el Tribunal Constitucional considera que es manifiestamente desproporcionada la medida introducida por el legislador y, por tanto, violatoria del ordinal a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución.

Por todo ello, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 81° del CPM.

§7. La configuración inconstitucional del “Ministerio Público” en la jurisdicción militar

71. Se aduce la inconstitucionalidad del artículo 75° de la LOJM, por disponer:

“Capítulo III: DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Artículo 75°.- El Ministerio Público promueve de oficio o a petición de parte la acción de Justicia Militar a fin de que haya pronta y oportuna sanción de los delitos militares; exige el cumplimiento a los fallos consentidos o ejecutoriados y defiende la competencia jurisdiccional militar (...).”.

72. La demandante sostiene que tanto esta norma como todas aquellas contenidas en el mencionado capítulo, atentan contra la autonomía institucional del Ministerio Público, reconocida por el artículo 158° de la Constitución, y desconocen la atribución de titularidad otorgada a dicha institución en el inciso 5) del artículo 159° de la Carta Magna.

Por su parte, los demandados alegan que si bien el “Ministerio Público” de la Justicia Militar no está integrado a aquel previsto en el artículo 158° de la Constitución, ello no implica que su configuración sea inconstitucional, debido a que pertenece a una jurisdicción independiente.

73. Al respecto, cabe mencionar que el artículo 158° de la Constitución consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159°, sus atribuciones, dentro las cuales se encuentran la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (inciso 1); la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (inciso 2); la de conducir desde su inicio la investigación de delito (inciso 4); la de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte (inciso 5); y la de ejercer iniciativa en la formación de leyes (inciso 7), entre otras.

74. A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la “ordinaria” al Poder Judicial, la “constitucional” a este Tribunal, etc], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano

constitucional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción.

75. No obstante, el Capítulo III del cuestionado Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de la Justicia Militar, crea y regula el funcionamiento de un organismo denominado “Ministerio Público”, al que se le asignan funciones tales como promover de oficio o a petición de parte la “acción de Justicia Militar” para la sanción de “delitos militares”; ser parte en el proceso penal; integrar los Tribunales con las mismas prerrogativas de sus demás miembros, pero sin intervenir en sus deliberaciones (artículo 75º); perseguir que se haga efectiva la reparación civil a favor del Estado y ejercer vigilancia sobre otros fiscales (artículo 78º, incisos 5 y 7, respectivamente), entre otras.

76. Dado que está constitucionalmente vedado tal proceder, el Tribunal considera que es inconstitucional el organismo denominado “Ministerio Público” creado por el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, ya que tal contraviene la autonomía del Ministerio Público consagrada por el artículo 158º y siguientes de la Constitución. En consecuencia, es inconstitucional, en su integridad, el Capítulo III del Decreto Ley N.º 23201, así como todo extremo de esta ley y del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en los casos que prevean la actuación de los “fiscales” de la jurisdicción militar.

77. Por la misma razón, son inconstitucionales los siguientes dispositivos del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar: el segundo párrafo del artículo 374º, por admitir la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales acudan directamente ante la autoridad judicial respectiva; el artículo 375º, por disponer que si los fiscales de los juzgados no ejercen la acción penal de hechos puestos en su conocimiento por los Consejos o el Juez Instructor, estos podrán abrir instrucción, decisión que deberá ser elevada en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar o al respectivo Consejo; el artículo 378º, por establecer que el proceso penal puede iniciarse por orden del Presidente de la República o del Consejo Supremo de Justicia Militar; y el artículo 387º, por otorgar discrecionalidad a las autoridades judiciales correspondientes para promover la acción penal ante denuncias realizadas por la prensa.

§8. Análisis de constitucionalidad del artículo II del Título Preliminar de la LOJM

78. Mediante el presente proceso también se ha puesto en cuestión la constitucionalidad del artículo II del Título Preliminar de la LOJM, que establece lo siguiente:

“Artículo II.- Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley. Su constitución y funcionamiento se rigen exclusivamente por las normas que contiene esta Ley y el Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones sólo serán modificadas por ley expresa y de igual naturaleza”.

79. La Defensoría del Pueblo alega, entre otras cosas, que toda conducta que no cuente con relevancia o protección constitucional y no resulte socialmente dañosa, no merece tutela penal en virtud del principio de última ratio del Derecho Penal. Añade que la “moralidad” no puede ser objeto de tutela penal, pues el referente valorativo del Derecho Penal debe ser la Constitución. Asimismo, la “disciplina” y el “orden”, en

principio, muestran la misma incongruencia, por tratarse de términos con contenido abstracto, salvo que la afectación de los mismos ponga en peligro o afecte las capacidades orgánicas y funcionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para cumplir con los fines constitucionalmente asignados.

80. Por su parte, los demandados alegan que la misión especial que les ha sido encomendada obliga al reconocimiento constitucional de las características sui géneris de las leyes y reglamentos que regulan las funciones, organización y la disciplina militar en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; y que por ello valores como el honor, la moral, la disciplina y el orden, son fundamentales para la consecución de los objetivos institucionales.

81. El Tribunal Constitucional comparte los criterios expuestos por la demandante. Si, como se ha sostenido, entre “jurisdicción” y “administración” militar no puede existir una relación de equivalencia, entonces, los fines constitucionales que se han dispuesto para optimizar los órganos de la justicia militar no pueden ser semejantes a aquellos que son inherentes a las Fuerzas Armadas.

Un sentido constitucionalmente adecuado para entender los fines que debe cumplir la jurisdicción militar no puede desvincularse del juzgamiento y eventual sanción de los denominados delitos de función; es decir, del juzgamiento de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.

82. Lo anterior no quiere decir que el Tribunal Constitucional desconozca o menoscabe el valor y la trascendencia que tienen los principios de “orden” y “disciplina” como elementos básicos para la consecución de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Simplemente hace énfasis en que la preservación de tales principios no puede estar confiada a la justicia militar.

Por cierto, nada de lo que hasta ahora se ha sostenido impide que, en sede administrativo-militar, las leyes y reglamentos que regulan el funcionamiento y el status de los militares puedan establecer procedimientos e instancias que preserven lo que es propio de la administración militar, es decir, los principios de jerarquía, disciplina, orden, etc. Como este Tribunal ha sostenido con carácter general en la STC N.º 2051-2002-AA/TC, cualquiera que sea el régimen jurídico disciplinario que al amparo del artículo 168º de la Constitución se pueda establecer, éste debe sujetarse a los principios y derechos fundamentales que reconoce la Constitución.

83. Que los órganos de la jurisdicción militar no puedan tener como fines esenciales e inmediatos “mantener (...) el orden y la disciplina”, tampoco quiere decir que, indirectamente, al juzgar y sancionar conductas que pongan en peligro determinados bienes jurídicos de las instituciones castrenses, no puedan contribuir con el logro de tales cometidos. En esos casos, tales cometidos no podrán sustentarse en una genérica, imprecisa y ambigua noción de “disciplina” y “orden” castrense, sino, concretamente, en consideraciones tales como el juzgamiento y sanción de tipos penales, con observancia de las exigencias mínimas que impone el principio de legalidad penal-militar.

84. Mutatis mutandis, las mismas consideraciones son atinentes para el mantenimiento de la “moralidad” en el seno de los institutos armados.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional la fracción de disposición del artículo II del Título Preliminar del CJM, que establece que: “Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley”.

§9. El artículo 269° del Código de Justicia Militar y el derecho fundamental a la no discriminación

85. La Defensoría del Pueblo alega que el artículo 269° del Decreto Ley N.° 23214, Código de Justicia Militar, es inconstitucional por establecer que:

“Artículo 269°. El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Si se ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito, será reprimido, además, si fuese oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá en circunstancia como atenuante”.

86. Refiere que mediante esta norma se vulnera el principio de dignidad de la persona y la cláusula de igualdad, consagradas en el artículo 1° y en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, respectivamente. Por su parte, los demandados sostienen que la homosexualidad es la expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de la vida militar.

87. Este Colegiado considera que el artículo 269° del CJM es inconstitucional por las razones siguientes:

a). En primer lugar, es inconstitucional el segundo párrafo del artículo 269°, en cuanto prevé que: “Si se ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito [contra la libertad sexual], será reprimido, además, si fuese oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá en circunstancia como atenuante”.

En la N.° STC 0017-2003-AI/TC, este Colegiado ha precisado que, de conformidad con el artículo 173° de la Constitución Política del Estado, el ámbito de la justicia militar está estrictamente restringido al juzgamiento de los denominados “delitos de función”. En efecto, allí enfatizó [F.J. N.os 110 y sgtes.] que lo que caracteriza al delito de función no es la condición de militar del agente activo, sino la infracción de bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses. Evidentemente, el bien protegido en el segundo párrafo del artículo 269° de la Constitución no compromete ningún bien jurídico de dichos institutos castrenses sino, concretamente, la libertad sexual de quien padece contra su voluntad el acto sexual.

b). En segundo lugar, es inconstitucional que el juzgamiento y la sanción por la práctica de un “acto deshonesto” y “contra natura” se haya confiado a la justicia militar. Como se ha sostenido precedentemente, si entre las instituciones “administración” y “justicia”

militar no existe equiparidad, entonces la calificación y enjuiciamiento de conductas de esa naturaleza no puede estar confiada a un órgano al cual se ha encargado el juzgamiento y la sanción de los delitos de función.

c). En tercer lugar, es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que sólo se haya previsto como una conducta antijurídica –no importa ahora si en el sentido de naturaleza disciplinaria o como figura delictiva- la práctica de un acto deshonesto contra una persona del mismo sexo, y no, por el contrario, con igual razón, la práctica deshonesto contra una persona de sexo diferente. Si lo antijurídico es la práctica de una conducta deshonesto, no existe razón objetiva ni base razonable, para que se sancione sólo las efectuadas entre personas del mismo sexo.

d). En cuarto lugar, es inconstitucional, por ser desproporcionado [además de no constituir un delito de función], que se haya previsto como delito la práctica de un acto deshonesto. Acto inconstitucional, además, por violar el principio de legalidad penal y, particularmente, la exigencia de *lex certa*, pues con la expresión “acto deshonesto” no se precisa la conducta considerada como prohibida.

e). En quinto lugar, es inconstitucional la fracción de disposición que señala que si el acto deshonesto es practicado por un miembro de la tropa, la sanción será la prisión. Inconstitucional porque, por un lado, frente a una conducta que no constituye un delito de función, se ha previsto la posibilidad de restringir la libertad individual de una persona; y, por otro, porque ella afecta el principio de legalidad de la pena, puesto que no contempla ni un mínimo ni un máximo de lapso temporal que pueda durar la prisión. *Mutatis mutandis*, este último criterio es extensivo al caso de la prisión que se pueda decretar cuando el sujeto activo sea un oficial de los institutos castrenses.

g). Y, finalmente, es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que se haya previsto que los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, sean considerados como faltas disciplinarias y/o delitos (según se trate de un oficial o miembro de la tropa), y no se haya previsto en iguales términos –en rigor, como un supuesto de falta disciplinaria-, la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a esos fines.

§10. Efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad

88. El artículo 204° de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

89. Por su parte, la primera parte del artículo 40° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé dos excepciones a tal regla, al establecer que: “Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74° de la Constitución” [cursivas nuestras].

Este Colegiado considera que la excepción consistente en que luego de la declaración de inconstitucionalidad de una ley se revivan procesos fenecidos si es que versan sobre materia penal, no limita la posibilidad de que este Tribunal pueda modular los efectos en el tiempo de su decisión [STC N.º 0010-2002-AI/TC].

Esto es que, en su condición de Intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae* por un lapso de 12 meses, contados a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual automáticamente los efectos de ésta se harán efectivos y, en consecuencia, permitirá que los procesos penales-militares en los cuales se hayan aplicado las normas consideradas inválidas, puedan ser revividos.

Dicho lapso permitirá que, en atención a la protección del derecho fundamental a la libertad personal, el legislador regule, en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de nuevos procesos penales militares para los sentenciados por la jurisdicción militar, por delitos de función, siempre que actualmente se encuentren sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad.

90. Dentro del supuesto referido en el párrafo precedente no se encuentran los efectivos militares que hubieren sido juzgados y sancionados por faltas administrativas disciplinarias, toda vez que, por un lado, la imposición de estas sanciones es una potestad propia de los órganos y tribunales administrativos; y, por otro, porque no se trata de una materia penal.

91. Asimismo, debe precisarse que están fuera del plazo de *vacatio sententiae* los procesos seguidos a militares por delitos contra los derechos humanos y, en general, todos aquellos que pueden considerarse como de lesa humanidad, toda vez que, por la materia, estos no son susceptibles de ser juzgados por los tribunales militares, cuya nueva organización justifica esa *vacatio sententiae*; y porque, como se ha señalado en la STC N.º 2488-2002-HC/TC, tienen la naturaleza de imprescriptibles.

92. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales de aquellos militares que hubiesen sido condenados por los órganos de la jurisdicción militar. Tampoco se deriva de sus efectos que dichos sentenciados no puedan ser juzgados nuevamente por los delitos de función.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda; en consecuencia:

a) Inconstitucional el artículo II del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, en el extremo que dispone que: “Los tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas, la moralidad, el orden y la disciplina, reprimiendo su quebrantamiento en los casos previstos por la Ley”.

b) Inconstitucional la frase: “y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía” del artículo III del Título Preliminar del Decreto Ley N.º 23201.

c) Inconstitucional todo el Capítulo III: El Ministerio Público, contenido en el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, así como todo extremo tanto de la mencionada ley, como del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, en cuanto prevea la actuación de los fiscales a que se refiere el mencionado capítulo.

d) Inconstitucionales los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan la composición del Consejo Supremo de Justicia Militar.

e) Inconstitucionales los incisos 1), 6), 14), 15), 19) y 20) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 23201, que regulan determinadas atribuciones del Consejo Supremo de Justicia Militar.

f) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 14º, así como los artículos 15º, 22º, 23º y 31º del Decreto Ley N.º 23201.

g) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 32º y el artículo 38º del Decreto Ley N.º 23201.

h) Inconstitucionales los artículos 62º, 63º, 65º, 66º, 67º y 69º del Decreto Ley N.º 23201.

i) Inconstitucional la frase: “quien será abogado u Oficial. Al que rehusare o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial le nombrará defensor de oficio. En este caso la defensa es acto del servicio y no podrá excusarse de ella ningún Oficial de graduación inferior a Coronel o Capitán de Navío, cualquiera que sea el Instituto a que pertenezca, salvo los casos previstos por Ley”, del artículo 81º del Decreto Ley N.º 23201.

j) Inconstitucionales el segundo párrafo del artículo 374º, y los artículos 375º, 378º y 387º del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar.

k) Inconstitucional el artículo 269º del Código de Justicia Militar.

2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que impugna la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, por haberse sustraído la materia.

3. EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

2. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR Y DE LA LEY ORGANICA DE JUSTICIA MILITAR (ACLARACIÓN)

**EXP. N.º 0023-2003-AI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 4 de noviembre de 2004

VISTA

La solicitud de aclaración presentada por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar y su delegado, respecto de la sentencia (S) expedida por este Colegiado en el Exp. N.º 0023-2004-AI/TC; y,

ATENDIENDO A

1. Que se solicita que este Tribunal subsane la omisión de no haberse pronunciado sobre la excepción de prescripción formulada por el recurrente al momento de dictarse sentencia. Al respecto, debe señalarse que este Colegiado, en el Fundamento N.º 1 de la (S), desestimó la referida excepción por los motivos que se expusieron en la resolución que admitió la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes N.ºs 23201 y 23214, así como contra la Ley N.º 27860, y cuyo tenor pertinente se reproduce a continuación: “2. Que, a la fecha de constitución de este Tribunal (24 de junio de 1996), el artículo 26º de la Ley N.º 26435 estipulaba que la acción de inconstitucionalidad se podría interponer sólo dentro de los 6 años computados a partir de la publicación de la norma impugnada, mientras que su Tercera Disposición Transitoria precisaba que, respecto de normas anteriores a la existencia del Tribunal, el plazo de los 6 años no podría correr sino a partir de su constitución. La Ley N.º 26618, publicada el 8 de junio de 1996, redujo el plazo [a] 6 meses; pero la Ley N.º 27780, publicada el 12 de julio de 2002, actualmente vigente, restauró el plazo inicial de 6 años. En consecuencia, a partir del 12 de julio de 2002, el plazo es de 6 años y se cuenta sólo a partir de la fecha de constitución de este Tribunal. (...) 3. Que, entre el 30 de mayo de 1997 y el 18 de noviembre de 2000, el plazo no corrió, toda vez que en dicho período no había órgano jurisdiccional ante el cual pudiesen plantearse demandas de inconstitucionalidad, habida cuenta de la inicua e inconstitucional “destitución” sufrida por 3 de sus magistrados. (...) 4. Que, consecuentemente, la demanda interpuesta, [...] se encuentra dentro del plazo legal [...]”.

2. Que, asimismo, se solicita aclarar el error de haberse invocado una Ley, la N.º 28297, que a la fecha en que se expidió la **S**, 9 de junio de 2004, no se encontraba vigente. Sobre el particular, debe precisarse que, efectivamente, por error se consignó como fecha en la que se votó la **S**, el 9 de junio de 2004, y no el 9 de agosto de 2004, como realmente sucedió, por lo que deberá corregirse el error material en que se ha incurrido.

3. Que, por otro lado, se pide que se esclarezca si “(...) la nueva organización de los tribunales militares debe tener rasgos característicos propios respecto a su organización, atribución y nombramiento de sus integrantes, salvaguardando las garantías vinculadas al debido proceso”. Al respecto, este Tribunal considera que es competencia del Congreso de la República delinear, dentro de los márgenes de la Constitución y, por ende, con pleno respeto de los derechos fundamentales, la nueva estructura, organización y funcionamiento de la justicia militar, de conformidad con el artículo 173º de la Constitución.

4. Que, en el mismo sentido, se pide se precise si todas las sentencias pronunciadas por la jurisdicción militar, en las que se hayan aplicado los decretos leyes declarados inconstitucionales, deberán ser revisadas una vez que venza el plazo de la *vacatio sententiae* establecido en la **S**. Sobre el particular, debe expresarse que en el cuarto párrafo del Fundamento jurídico N.º 89 de la **S**, este Tribunal estableció que la revisión de los procesos a los que se hacía referencia, única y exclusivamente comprendía a aquellos en los que se hubiera sancionado por delitos de función, y “siempre que actualmente (los sentenciados) se encuentren sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad”; debiéndose entender por “actualmente” el periodo que se inicia al terminar la *vacatio sententiae*. En ese sentido, carece de objeto pronunciarse en este extremo de la solicitud de aclaración.

5. Que, igualmente, se solicita se determine si a partir del día siguiente de publicada la **S** en el diario oficial *El Peruano*, la administración de la justicia militar sería innecesaria e ineficaz. Este Tribunal, en el Fundamento Jurídico N.º 91 de la **S**, ha establecido que el diferimiento en el tiempo de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, a través de la *vacatio sententiae*, tiene el propósito de conceder al legislador ordinario un plazo dentro del cual se establezca la nueva organización de la justicia militar, de modo que la actual conformación de la justicia militar mantiene competencia para conocer los procesos en trámite y aquellos que se inicien dentro de los 12 meses de lapso de la *vacatio sententiae*; por lo que también carece de objeto la aclaración solicitada en este extremo.

6. Que, de otro lado, también se solicita a este Tribunal que aclare por qué razón no se ha exhortado al Poder Legislativo para que viabilice el procedimiento de revisión de las causas de los condenados por delito de función, que se encuentran actualmente sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad. Asimismo, se solicita que se precise si, tratándose de delitos de función, será la propia justicia militar la que se encargaría del nuevo juzgamiento, “(...) y no la justicia común, ya que el artículo 173º de la Constitución Política del Estado señala que en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”.

Respecto al primer punto, debe señalarse que la facultad de exhortar a alguno de los poderes públicos para implementar una u otra medida es una cuestión discrecional del Tribunal Constitucional, y no una obligación. Pese a ello, debe interpretarse que la exhortación a que se refiere el párrafo N.º 3 de la parte resolutive de la sentencia comprende lo solicitado.

En lo que se refiere al segundo punto, el Tribunal Constitucional considera que no es de su competencia establecer si el juzgamiento de los delitos de función, de acuerdo con la ley futura, deba realizarse por un tribunal militar completamente desvinculado de la jurisdicción ordinaria. La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso.

7. De modo análogo, se solicita que se aclare si los “fiscales militares” ejercerían las atribuciones conferidas por los decretos leyes declarados inconstitucionales. Sobre el particular, este Tribunal considera que la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación *ad hoc*. En ese sentido, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el Considerando N.º 10 de esta resolución, el Tribunal considera que debe exhortarse al Ministerio Público para que, en el más breve plazo, designe a sus representantes ante la jurisdicción militar, para cuyo efecto se deberá tomar en cuenta necesariamente la formación jurídico militar de los designados.

8. Que, del mismo modo, se solicita se esclarezca el por qué “(...) se considera inconstitucional el actual nombramiento de quienes administran justicia militar (...), y no así a las otras entidades que también ejercen jurisdicción y cuyos miembros dependen del organismo que los nombra, inclusive en el caso de los miembros del Tribunal Constitucional, cuyos integrantes son nombrados por el Congreso de la República y que en consecuencia perderían su independencia frente a dicho poder del Estado”. En ese sentido, se peticiona que se señale si “(...) es que el espíritu de la sentencia (...) es que los miembros de cualquier organización que administran justicia pierden independencia e imparcialidad frente a los organismos que los designan”.

Sobre el particular debe precisarse, por un lado, que los magistrados del Tribunal Constitucional no pertenecen ni dependen, funcional u orgánicamente, de ningún otro órgano del Estado; y, de otro, que las disposiciones que se declararon inconstitucionales permitían que el órgano de la jurisdicción militar, pese a que constitucionalmente requería contar con independencia e imparcialidad, formaban parte de las Fuerzas Armadas, sus miembros eran militares en situación de actividad y, especialmente, se encontraban sometidos a los principios de jerarquía, obediencia y subordinación.

9. Que, por otro lado, se solicita que se aclare cuál es la incongruencia constitucional del artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar. El Tribunal considera que la **S** es por sí misma autosuficiente en precisar cuáles son los vicios de inconstitucionalidad advertidos en dicho dispositivo legal. El orden y la disciplina, además de la jerarquía, obediencia y subordinación, son principios consustanciales a la existencia, estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y no de la justicia castrense. Lo expuesto no niega que a través del juzgamiento y represión de los delitos de función, la justicia militar coadyuve con el mantenimiento y preservación de aquellos principios y valores que sustentan a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

10. Que, igualmente, se solicita que se aclare cómo intervendrán los fiscales militares, teniendo en consideración que el artículo 64º de la Ley Orgánica del Ministerio Público los excluye de la organización del referido órgano constitucional. Sobre el particular, este Tribunal considera necesario enfatizar que el segundo párrafo de dicho artículo 64º de la LOMP es inconstitucional por conexión, porque la Constitución de 1993 no admite la existencia de un órgano paralelo al Ministerio Público que desarrolle sus mismas funciones. De modo que, sin perjuicio de subsanarse la omisión en la que se

incurrió, entre tanto se dicte la legislación correspondiente, deberá procederse conforme a lo expuesto por este Tribunal en el Considerando N.º 7 de esta resolución.

11. Que, de otro lado, se pide que se explique las razones por las cuales se declaró inconstitucional una parte del artículo 81º de la LOJM. El Tribunal Constitucional considera que no es procedente la solicitud, pues las razones por las cuales se declaró inconstitucional una fracción del artículo 81º de la LOJM se expusieron claramente en los Fundamentos N.ºs 66 y sgtes. de la **S.** Sin embargo, el Tribunal Constitucional reitera que se consideró inconstitucional que en el impugnado artículo 81º del CJM se haya previsto que la autoridad judicial pueda nombrar a un defensor para el enjuiciado, aun cuando éste se hubiere rehusado expresamente a contar con uno; que el ejercicio de la defensa pueda recaer en militares que se encuentran en situación de actividad y carentes de formación jurídica; que tal defensa pueda considerarse un acto de servicio; y que de ella no pueda excusarse el militar designado.

Al Tribunal no le ha sido ajeno el sentido de la primera parte del artículo 81º de la LOJM, que prevé que el Cuerpo Jurídico Militar está integrado por oficiales que son letrados en derecho y que no es constitucionalmente prohibido que éstos puedan ejercer la defensa de oficio. El asunto observado es que el sentido interpretativo de la disposición invalidada arrojaba una interpretación inconstitucional, cual es, que actúen como defensores, o como fiscales, personas sin título de abogado.

12. Que, finalmente, se solicita que este Tribunal precise cuáles son los criterios para determinar que un caso resuelto en el ámbito de la jurisdicción militar sea considerado como un delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos. Al respecto, ha de recordarse que este Tribunal, en la STC N.º 0017-2003-AI/TC [Fund. Jur. N.º 128 y sgtes.], estableció la interpretación constitucionalmente adecuada del “delito de función”, de modo que todo aquello que no esté dentro de tales alcances, entre los cuales se encuentran determinados casos de delitos de lesa humanidad, deberán ser puestos a conocimiento del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE

1. Corregir la fecha de expedición de la STC N.º 0023-2004-AI/TC, debiendo constar como tal el 9 de agosto de 2004, y no el 9 de junio de 2004, como allí se indicaba.
2. Añadir a la parte considerativa y a la resolutive de la STC N.º 0023-2003-AI/TC, que es inconstitucional el segundo párrafo del artículo 64º del Decreto Legislativo N.º 052, cuyo texto es el siguiente: “(...) Los Fiscales de la Justicia Militar no están comprendidos en las disposiciones de la presente Ley; pero deberán informar al Fiscal de la Nación cuando sean requeridos por él sobre el estado en que se encuentra un proceso o sobre la situación de un procesado en el Fuero Privativo Militar”.
3. Exhortar al Ministerio Público para que, en el más breve plazo, designe a sus representantes ante la jurisdicción militar, de acuerdo con el Considerando N.º 7 de esta resolución.
4. Declarar sin lugar los demás extremos de la solicitud de aclaración presentada, formando esta resolución parte integrante de la STC N.º 0023-2004-AI/TC.

5. Se rectifica de oficio la parte final del Fundamento N.º 46 de la sentencia, en el sentido que se hace referencia al “Código de Justicia Militar”, cuando debe ser a la “Ley Orgánica de Justicia Militar”

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*. México: Editorial Cultura, 1947

Alvarado Gonzalvez, Pepe, *Jurisprudencia Militar. Penal-Parte Especial*. Lima: 2002

Bramont Arias, Luis; y García Cantizano, María, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Editorial San Marcos, 1996

Bernales, Enrique (en colaboración con Alberto Otárola), *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Editorial RAO, 1995

Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*, Bogotá: Editorial Temis, 1965

Bidart Campos, Germán, *Los Tribunales Militares y la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1985

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1979

Cazorla Prieto, Luis María; Alcubilla, Enrique Arnaldo; Román García, Fernando, *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.

Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*. Lima: Presentado el 29 de agosto de 2003.

Consejo Supremo de Justicia Militar, *Manual de Procedimientos Judiciales para el Uso del Juez instructor del Fuero Privativo Militar*. Lima: CSJM, 1988

Constitución Política del Estado. Lima: Edición Oficial, 1980

Código Procesal Penal. Trujillo: Normas Legales, 1994

Cordón Moreno, Faustino, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Navarra: Aranzadi, 1999

Defensoría del Pueblo, *Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima: Serie Informes Defensoriales, 1998

Defensoría del Pueblo, *Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú*, Informe No 6-64, Lima, 2002.

Diena, julio, *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Editorial Bosch, 1948

Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykson, 1992

Fernández Segado, Francisco, *El Servicio Militar. Aspectos Jurídicos y Socio-Económicos*. Madrid: Fundación Alfredo Brañas, 1994

Fiorini, Bartolomé, *Poder de Policía*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1958

I JUNOY, Joan Picó, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: José María Bosch, 1997.

García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*. Lima: Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1993

Gómez Mendoza, Gonzalo, *Código de Justicia Militar*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997

Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: EDDILI, 1987

Hurtado Pozo, José, *La Ley Importada. Recepción del Derecho Penal Peruano*. Lima: CEDYS, 1979

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Editorial Losada, 1950

Jiménez y Jiménez, Francisco, *Introducción al Derecho Penal Militar*. Madrid: Editorial Civitas, 1987

Ministerio de Defensa, *Proyecto del Código de Justicia Militar*. Lima: Diario Oficial El Peruano, 01 de julio de 2001. Separata Especial

Ministerio del Interior, *Proyecto de Bases de Reforma Policial*. Lima: Diario Oficial El Peruano, 22 de julio de 2001. Separata Especial

Mixán Mass, Florencio, *Derecho Procesal Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1984. Tomo III

Montano Ferrín, Enma; y Sánchez-Arcilla, José, *Historia del Derecho y de las Instituciones*. Madrid: Dykinson Editores, 1991, Tomo II

O'Donell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989

Olivo, Juan, *Constituciones Políticas del Perú*. Lima: Imprenta Tomas Aguirre, 1922

Pareja Paz-Soldán, José, *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1954

Power Manchego-Muñoz, Jorge, *Constitución y Estados de Excepción*. Lima: SENSATOR, 1990

Quispe Correa, Alfredo, *Constitución y Defensa Nacional*. Lima: Ediciones Luis Alfredo, 1994

Rodríguez Rivas, Miguel Ángel, *Proyecto de Investigación Científica*, Lima, ESAP, 1994

Rodríguez Sosa, Miguel Ángel, *Teoría y Diseño de la Investigación Científica*. Lima: Ediciones Atusparia, 1988

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada (2001-2003)*. Lima: IDEMSA, 2005. Tomo II

Rubio Correa, Marcial; y Bernalles Ballesteros, Enrique, Perú: *Constitución y Sociedad Política*. Lima: Mesa Redonda, 1985

Saavedra, Rómulo, *La Justicia Militar en Estado de Sitio*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1977

San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Grijley, 1999. Tomo I

Sanz Elguera, Julio, *Introducción a la Ciencia*. Lima: Amaru Editores, 1987

Sandoval, Juan Carlos, "La Legislación de Emergencia y la Especialidad del Delito Militar", en: *La Reforma del Derecho Penal Militar*, Anuario de Derecho Penal 2001-2002.

Sierra Bravo, Restituto, *Técnicas de Investigación Social, Teoría y Ejercicios*. Madrid: Editorial Paraninfo, 1994

Ugarte del Pino, Juan Vicente, *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina S.A., 1978

VALLE-RIESTRA, Javier, *Habeas Corpus*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2005.

Vejar Vazquez, Octavio, *Autonomía del Derecho Militar*, México: Editorial Stylo, 1948

Villavicencio Terreros, Felipe, *Introducción a la Criminología*. Lima: Grijley, 1997

Villegas Villegas, Leonardo, *Metodología de la Investigación Pedagógica*. Lima: Editorial Trama, 1998

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Ayala Corao, Carlos, “Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana: Instrumentos y Organismos Internacionales”; en *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999

Bernales, Enrique, “La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar”; en THEMIS-Revista de Derecho, Lima, 1995, N° 31

Bidart Campos, Germán, “El Status Constitucional del País Fuerzas Armadas en Argentina”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima: Editorial Grijley, 1997

Brousset Salas, Ricardo, “El Debido Proceso, la Seguridad Ciudadana y la Jurisdicción Militar en el Perú”; en Revista de Derecho y Ciencia Política, U.N.M.S.M., vol. 56 (N° 2), Lima, 1998

Bustos Ramírez, Juan, “El Control Formal: Policía y Justicia”; en *El Pensamiento Criminológico II*. Bogotá: Editorial THÉMIS, 1983

Da Silva, José Alfonso, “La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Editorial Grijley, 1997

Eto Cruz, Gerardo; Linda Arroyo, César, y Palomino Manchego, José “La Jurisdicción Militar en el Perú”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Editorial Grijley, 1997

Faroppa Fontana, Juan, “Administración de Justicia y Seguridad Ciudadana”; en *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999

Fernández Segado, Francisco, “La Jurisdicción Militar en la Constitución Española”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Editorial Grijley, 1997

Fernández Segado, Francisco, “Competencia de la Jurisdicción Militar en Tiempo de Paz”; en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995

Fernández Segado, Francisco, “La Justicia Militar en la Perspectiva Histórica”; en *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, 1990-1991, N° 56-57

Fernández Segado, Francisco, “El Marco Constitucional de la Jurisdicción Militar: su Organización y Competencia”; en *La Jurisdicción Militar*. Madrid: Consejo Judicial del Poder Judicial, 1992

García Toma, Víctor, “El Régimen de Excepción y los Derechos Humanos”, en *Revista Abogados*, Lima, 2001, año III, N° 6

Glaseen, Jhon, “Relaciones entre Acción Penal, Acción Disciplinaria y Límite respectivo de las dos acciones”; en Instituto Francisco de Vitoria, *Congreso Internacional de Derecho Penal Militar*. Madrid: Sección de Derecho Penal Militar, 1960

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998

Pinto Ferreira; Luiz, “La Jurisdicción Militar y la Constitución de la República Federativa del Brasil”; en Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego (coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Editorial Grijley, 1997

Quiroga León, Aníbal, “Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia”; en *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación*. Lima: Cultural Cuzco, 1987

Rubio Correa, Marcial, “Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú 1979-1988”; en *La Constitución Diez Años Después*. Lima: Constitución y Sociedad, 1989

Serquén Jiménez, Carlos, “Abuso de Autoridad”, en *Revista del Ejército del Perú*, Lima, 1995, Año 1, N° 2

Zalaquet, José, “El Terrorismo Desde un Punto de Vista Normativo”; en Augusto Varas (editor), *Jaque a la Democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina*. Argentina: Grupo Editor Latinoamericano, 1990

REFERENCIAS DE TESIS

Talavera Delgado, Abraham, *Nueva Estructura del Fuero Privativo Militar en la Reforma del Poder Judicial*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Facultad de Derecho, 1976.

Tesis para obtener el Grado Académico de Doctor.

Sandoval Coronado, Juan Carlos, *El Delito Militar Ordinario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, 1997.

Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado

REFERENCIAS DE JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 0023-2003-AI/TC, Asunto: Defensoría del Pueblo, fundamento 20.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. No. 0017-2003-AI/TC, fundamento 110.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358/97, 05 de agosto de 1997, Santa Fe de Bogotá.

Sentencia Tribunal Constitucional español, núm. 75/1982 (Pleno), de 13 diciembre de 1982.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, STC de 03-01-2003, Exp. No. 010-2003-AI/TC, Asunto: Marcelino Tineo Silva.

INDICE

Presentación	3
Capítulo Primero	7
PARADIGMAS METODOLÓGICAS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN	
1.1. Ámbitos Temporal y Espacial	
1.1.1. Ámbito Temporal	
1.1.2. Ámbito Espacial	
1.2. Problema	
1.2.1. Planteamiento	
1.2.2. Formulación	
1.2.2.1. Problemas Principales	
1.2.2.2. Problemas Secundarios	
1.3. Objetivos	
1.3.1. Objetivos Generales	
1.3.2. Objetivos Específicos	
1.4. Justificación	
1.5. Hipótesis	
1.5.1. Hipótesis Principales	
1.5.2. Hipótesis Secundarias	
1.6. Variables	
1.6.1. Variables de las Hipótesis Principales	
1.6.2. Variables de las Hipótesis Secundarias	
1.7. Limitaciones	
1.8. Matriz de Consistencia	
1.9. Aspectos de Metodología y Técnicas	
1.9.1. Tipo de Estudio	
1.9.2. Métodos de Investigación	
1.9.3. Fuentes y Técnicas para la Recolección de Información	
1.10. Programación	
Capítulo Segundo.....	23
PARADIGMAS TEÓRICO-CONCEPTUALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN	
2.1. Aspectos conceptuales de la Jurisdicción Militar	
2.1.1. Breve reseña histórica de la Jurisdicción Militar	
2.1.1.1. La Jurisdicción Militar en la historia de Occidente	
2.1.1.2. La Jurisdicción Militar en la historia del Perú	
2.1.2. Conceptualización de la Jurisdicción Militar	
2.1.3. Principios de la Jurisdicción Militar	

2.1.3.1. Unidad y exclusividad de la Jurisdicción Militar	
2.1.3.2. Prohibición de los Órganos Jurisdiccionales de excepción	
2.1.3.3. Derecho al Juez natural	
2.1.4. Presupuestos Jurídicos, Antropológicos y Empíricos de la Jurisdicción Militar	
2.1.5. Justificación de la existencia del fuero militar	
2.2. Aspecto Conceptual del Delito de Función	
2.2.1. Conceptualización del delito de función	
2.2.2. El delito castrense o delito militar	
2.2.3. El Delito de Función en el Derecho Constitucional peruano	
2.2.3.1. La Constitución de 1979 y el Delito de Función	
2.2.3.2. La Constitución de 1993 y el Delito de Función	
2.2.4. El delito de traición a la patria y el delito de terrorismo	
2.2.5. El otrora Servicio Militar Obligatorio	
Capítulo Tercero.....	77
JURISDICCIÓN MILITAR: COMPETENCIA Y COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES	
3.1. Competencia de los Tribunales Militares	
3.1.1. Nociones generales	
3.1.2. El clásico triple fundamento	
3.1.2.1. Por razón del delito	
3.1.2.2. Por razón del lugar	
3.1.2.3. Por razón del estado de guerra	
3.1.2.4. De la fórmula tripartita a la fórmula unitaria	
3.2. Composición del Tribunal Militar	
3.2.1. Nociones generales	
3.2.2. La justicia militar en tiempo de paz	
3.2.3. La justicia militar en tiempo de guerra	
3.2.4. La justicia militar en regímenes de excepción	
Capítulo Cuarto	124
EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR	
4.1. Derecho a la defensa	
4.2. Derecho a la asistencia de letrado	
4.3. Derecho a ser informado de la acusación	
4.4. Derecho a un proceso público	
4.5. Derecho a un proceso con todas las garantías	
4.6. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes	
4.7. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable	
4.8. Derecho a la presunción de inocencia	
4.9. El tribunal constitucional y el debido proceso en la jurisdicción militar	
Capítulo Quinto	159

EL DELITO DE FUNCIÓN Y SU NECESARIA REFORMULACIÓN	
5.1. El Delito de Función en su Contexto constitucional	
5.2. La Seguridad Nacional como Doctrina y el Delito de Función	
5.3. Los ciudadanos y el Delito de Función	
5.3.1. El caso de los militares en situación de retiro	
5.3.2. El caso de los civiles	
5.4. El Delito de Función y su necesaria reformulación	
5.4.1. La fórmula unitaria del delito de función a la luz de la jurisprudencia nacional	
5.5. Aspectos sustanciales de la justicia militar que deben ser modificados	
Capítulo Sexto.....	179
LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL DELITO DE FUNCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	
6.1. La Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado (Modelos)	
6.1.1. Modelo Británico	
6.1.2. Modelo Italiano	
6.1.3. Modelo Francés	
6.1.4. Modelo Alemán	
6.2. La Jurisdicción Militar y El Delito de Función en el Derecho Iberoamericano	
6.2.1. España	
6.2.2. Argentina	
6.2.3. Colombia	
6.2.4. México	
6.2.5. Brasil	
Capítulo Séptimo.....	209
EL DELITO DE FUNCIÓN, LA CRIMINALIDAD DE LA GUERRA INTERNA Y LA CRIMINALIDAD DEL REGRESO	
(Un estudio estadístico con los actores)	
7.1. Los Presupuestos Metodológicos	
7.2. Los Presupuestos Doctrinarios	
7.3. Los Presupuestos de la Realidad Objetiva	
7.4. Universo y Muestra	
7.4.1. Población o Universo	
7.4.2. Muestra	
7.5. Los Resultados	
7.5.1. Los Cuadros Estadísticos	
7.5.2. La lectura de los Cuadros Estadísticos	
Post Scriptum	220
Conclusiones.....	221
Sugerencias	223
Anexo Nº 1	226

Instrumentos de la Investigación Cuantitativa

1. Entrevista de Opinión N° 1

2. Entrevista de Opinión N° 2

Anexo N° 2230

Jurisprudencias

Referencias Bibliográficas318

Referencias Hemerográficas322

Referencias de Tesis.....324

Referencias de Jurisprudencia325

ADDENDA

ADDENDA

1. ASPECTOS GENERALES

La presente Addenda se realiza, en vista de que en el intervalo de tiempo que llevó el trámite administrativo para la sustentación de la presente investigación, se promulgaron dos normas que se encuentran íntimamente relacionados con el tema de la tesis:

- 1) El Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961, publicado el 11-01-2006.
- 2) La Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, dada mediante Ley No.28665, publicada el 07-01-2006.

Respecto a la promulgación de la Ley No.28665, la Fiscal de la Nación, interpuso una acción de inconstitucionalidad, al considerar que la misma vulneraba una serie de derechos y principios constitucionales y legales. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia de fecha 29 de marzo del 2006, Exp. No. 0004-2006-PI/TC, mediante el cual declara inconstitucional una serie de artículos de la citada Ley No.28665.

En cuanto al contenido de la Ley No.28665, y los artículos que son declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, dichos aspectos se verán en el siguiente acápite.

Sobre el Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961 (11-01-2006), se establece en la Primera disposición Final que el presente Código entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en cuanto a la Parte General y Especial, y un año contado a partir del día siguiente de su publicación en cuanto a la Parte Procesal y Ejecución Penal.

- **Aspectos sustanciales del nuevo Código de Justicia Militar Policial**

El Código establece muchas novedades con relación al Código anterior. Mencionamos algunas de ellas:

- Las disposiciones no comprenden las infracciones disciplinarias militares policiales que se regirán por sus disposiciones específicas. Asimismo, no se juzga las faltas.
- Delitos de lesa humanidad: “En ningún caso podrán ser juzgados por la justicia militar policial los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, discriminación, en los términos definidos en la ley y convenios y tratados internacionales ratificados por el Perú” (Art. 9°).

- Motivación de las sentencias: “Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena” (Art. 34). Asimismo, el Art. 163° señala: “Las decisiones judiciales, salvo las de mero trámite, expresarán los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen”
- El principio *Non Bis In Idem*, el mismo que se encuentra previsto en el Art.VI del Título Preliminar del Código de Justicia Militar Policial y resulta aplicable a todos los procesos contemplados en dicho cuerpo de leyes.
- Aplicación Supletoria del Código Procesal Penal: La Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo No. 961, establece que en todo lo que no esté previsto en el Libro III Parte Procesal del Código, los Jueces, Tribunales y Fiscales Militares Policiales, aplicarán las disposiciones del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957.
- Proceso de corte acusatorio: Durante todo el proceso se observarán los principios de contradicción, inmediación, simplificación y celeridad. En el juicio se respetarán además, los de oralidad, publicidad y no duplicidad funcional (Art. 151).
- Imparcialidad e independencia de los jueces: “Los jueces actuarán con imparcialidad en sus decisiones y en todas las etapas del proceso. Se garantizará la independencia de los jueces de toda injerencia externa” (Art. 152).

- Principio de presunción de inocencia: 1) Todo militar o policía imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad, mediante sentencia firme debidamente motivada (Art. 153°).
- Derecho de no autoincriminación: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad. Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendiente a que el imputado declare contra sí mismo o menoscabe su voluntad. Toda admisión de los hechos o confesión, debe ser libre y bajo su expreso consentimiento (Artículo 154°).
- Prueba lícita: Los elementos de prueba sólo tendrán validez si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código. No tendrán validez la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaño o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, sin importar que haya sido obtenida por particulares o por funcionarios públicos (Art. 165).
- Reglas de Interpretación: Todas las normas que coacten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. La inobservancia de una garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Los jueces procurarán extender los principios y

garantías a los casos y situaciones no previstos expresamente, conforme a una interpretación progresiva (Art. 170).

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. No. 0004-2006-PI/TC, ASUNTO: FISCAL DE LA NACIÓN (demanda de inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley No. 28665)

A. REGULACIÓN DE LOS ORGANOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR, LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD, EXCLUSIVIDAD, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA GARANTÍA DE INAMOVILIDAD

I. Los principios de unidad e independencia judicial y la regulación de la sala suprema penal militar policial y el Consejo Superior Penal Militar Policial

1). Vulneración de los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, además del principio de igualdad, en cuanto se crea un estatuto jurídico especial que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de la Sala Suprema Penal Militar Policial, como órgano jurisdiccional de la Corte Suprema.

El T.C. declara la inconstitucionalidad de un extremo del Art. 8, en el cual dispone que la Sala Suprema Penal Militar Policial (que integra la Corte

Suprema de Justicia), se encuentre “sujeta” además de la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, “*a las disposiciones de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, en aplicación del principio de primacía de la norma específica*”.

Artículo 8.- Sala Suprema Penal Militar Policial

La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, *sujeta* a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y *las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica*. [énfasis agregado]

El T.C. considera que “si bien el artículo 8° no es incompatible con la Constitución cuando establece que la Corte Suprema de Justicia de la República cuente con una Sala Suprema Penal Militar Policial (tal como también lo dispone el artículo 1.1), la misma que se encuentra sujeta a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, sí lo es el extremo en el cual dispone que la aludida Sala Suprema se encuentre “sujeta” a lo dispuesto en la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, pues vulnera los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, además del principio de igualdad.

Por la misma razón:

Declara inconstitucional, en parte, la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley 28665, en cuanto modifica el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregando un segundo párrafo que dispone que:

“El trabajo jurisdiccional en materia penal militar policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya *conformación y Presidencia* se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.

De igual forma, declara inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria de la Ley 28665, en cuanto establece que el Poder Ejecutivo se encargará, mediante la expedición de un Decreto Supremo, de aprobar el Reglamento de la mencionada ley.

2. Nombramiento de Vocales Supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial. Configuración restrictiva de la Jurisdicción militar

Determinados extremos de los Artículos 10 y 12, son declarados inconstitucionales por vulnerar los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional del Poder Judicial, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

Art. 10.1: “La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial ...”.

Art. 12.3: “Para postular al cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial se requiere, necesariamente, formar parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y ostentar el grado de General de Brigada o equivalente”.

Asimismo:

Art. 14: “Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República para todos los efectos, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1”. (*)

Al respecto, el T.C. argumenta que, “además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico “especial”, introducen en la Corte Suprema de Justicia de la República una sala que va a estar compuesta, en parte, por oficiales en retiro nombrados por el CNM, mediante un concurso “público” realizado sólo con los miembros provenientes de un organismo como el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, y que van a tener incluso los mismos derechos que los Vocales de la Corte Suprema, pese a que su designación es de carácter temporal” (F.J:40).

Agrega (F.J.42), que dichos dispositivos “desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “publico” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución con los postulantes que formen parte del *Cuerpo Judicial Penal Militar Policial* y ostenten el grado de General de Brigada o su equivalente”.

Se cuestiona que “se obligue al Consejo Nacional de la Magistratura a realizar un concurso “público” solo con los integrantes del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, generando una situación que limita las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, limita desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes, teniendo una formación jurídico militar idónea para desempeñar la función jurisdiccional en materia penal militar, no son miembros del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar” (F.J.43).

Por las razones antes mencionadas, son también inconstitucionales, los siguientes preceptos legales:

- Inciso 2, del artículo 10, de la Ley 28665, que establece: “Corresponde desempeñar la Presidencia de esta Sala a uno de los tres (3) Vocales Supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”.

Por la razón de que: la elección del Presidente de la Sala Suprema Penal Militar Policial debe realizarse conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Extremo del inciso 6, del artículo 9, referido a: “las cuestiones de competencias, en relación, con los delitos de función, así como”

Por la razón de que: tal asunto constituye una competencia material propia de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción militar (...) es inadmisibile que sea esta misma jurisdicción la que vaya a dirimir aquellas contiendas en las que se discuta precisamente la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los delitos de función (...) aspecto que tiene su fundamento en los principios de imparcialidad e independencia judicial (F.J. 45). En consecuencia, “la configuración excepcional o restrictiva que hace la Constitución de la justicia castrense, determina (...) que ante dudas o conflictos entre ambas jurisdicciones, debe prevalecer la justicia ordinaria” (F.J. 46).

- Inciso 7, del artículo 9, que establece: “Designar entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, al Vocal Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Instructor”.
- Inciso 5, del artículo 17°, que establece: “Corresponde a la Sala Suprema Penal Militar Policial designar entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura al Presidente del Consejo Superior, a los

Presidentes y Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Superior de Instrucción”.

Ambas disposiciones (inc.7 del Art. 9 y el inc. 5 del Art. 17), son inconstitucionales por las razones siguientes: “vulneran el principio de independencia judicial (dimensión interna), toda vez que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentra imposibilitada de realizar tal designación, pues al constituir un órgano de un nivel jurisdiccional superior al mencionado Consejo y tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de este, la realización de tales actos administrativos (designaciones del Presidente del Consejo Superior Militar Policial y Vocales de este Consejo) crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores” (F.J. 47).

Por la razón anterior, son inconstitucionales:

- Inciso 1, del artículo 36, que establece: “El Presidente de la Sala Suprema Penal Militar Policial cautela la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las labores jurisdiccionales por parte de los Vocales y Jueces en todas las instancias de la jurisdicción especializada, sin perjuicio de las que se determinan en el presente artículo”.

De igual forma, por conexión, son inconstitucionales:

- Los incisos 2 y 3 del mencionado artículo 36, por cuanto otorga a órganos jurisdiccionales de nivel superior la competencia para cautelar el “cumplimiento de las labores *jurisdiccionales*” de órganos de nivel inferior (F.J. 47), al vulnerar el principio de independencia de la función jurisdiccional.

Art. 36.2: “El Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial cautela la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las labores jurisdiccionales de los Vocales que integran las Salas del Consejo Superior, Vocalía Superior de Instrucción, y las Salas de los Consejos Territoriales”.

Art. 36.3: “Gozan de las mismas facultades normadas en el párrafo precedente los Presidentes de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales, respecto de Vocales de las Salas de su Consejo y de los Jueces de los Juzgados Penales Militares Policiales de su territorio”.

3. El conocimiento del recurso de Casación como parte de la competencia de la jurisdicción militar .

El T.C. ha señalado que el inciso 1 del Art. 9 de la Ley 28665, que otorga a la Sala Suprema Penal Militar Policial el conocimiento del recurso de casación:

Art. 9: “Compete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República: 1. Conocer del recurso de casación conforme a lo establecido en la Constitución”.

Dicha disposición no es inconstitucional siempre y cuando sea interpretada en el sentido de que el recurso de casación que pueda conocer esta Sala no sea el relativo a la aplicación de la pena de muerte (**Norma 1**), dado que ésta constituye una competencia “material” de la jurisdicción ordinaria, y no de la jurisdicción militar, debiendo ser interpretado más bien en el sentido de que el mencionado recurso de casación que pueda conocer esta Sala sea aquel que pueda regular el Legislador como competencia “orgánica” de la jurisdicción militar” (**Norma 2**) (F.J. 48). En efecto, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, puede establecer como competencia “orgánica” de la Sala Suprema Penal Militar el conocimiento del recurso de casación en aquellos casos en que se trate de los delitos de la función militar (F.J. 57), por lo que “el inciso 1 del Art. 9 de la Ley 28665, tendrá vigencia en la medida en que se interprete conforme a la mencionada Norma 2, mas no cuando se interprete según a la Norma 1” (F.J. 58).

En consecuencia, el T.C. señala que en este extremo se deba expedir una sentencia interpretativa con el fin de no expulsar del ordenamiento jurídico la disposición cuestionada (F.J. 49).

4. El Consejo Superior Penal Militar Policial y el conocimiento de las acciones de garantía.

- **Acciones de garantía**

El T.C. declara inconstitucional el inciso 7 del Art. 15, el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial

15.7 Conoce de las acciones de garantía establecidas en el Código Procesal Constitucional”.

El T.C. declara inconstitucional dicha disposición por vulnerar el artículo 173 de la Constitución que establece el ámbito de competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar. Esta disposición constitucional, refiere el T.C., “ha establecido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar, por lo que el Legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluidos, claro está, los procesos constitucionales en los que se verifica la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data) y el control de las leyes o normas de rango legal (procesos de inconstitucionalidad de acción popular), o el conflicto entre

poderes del Estado o entre órganos constitucionales (proceso competencial), cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional” (F.J. 60).

- **Funciones Administrativas**

El T.C. declara inconstitucional el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28665, los mismos que se encuentran redactados de la siguiente manera:

“PRIMERA.- Pliego presupuestal y bienes patrimoniales

La Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial constituye Pliego Presupuestal adscrito al sector Poder Judicial y se denomina Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

El Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, es el Titular del Pliego, y responsable solidario con los Vocales integrantes de su Sala, de la administración del mismo.

(...)”

El T.C. considera que al establecerse que la jurisdicción especializada en materia penal militar policial constituya pliego presupuestal adscrito al sector Poder Judicial y que el titular de este pliego sea el Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, vulnera los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional. Esta afectación se da en razón de

que “si bien el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar Policial dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República –independiente del ámbito de competencia del Consejo Superior Militar Policial– entonces esta Sala Suprema no puede encontrarse supeditada, en materia de presupuesto, a lo que disponga el mencionado Consejo Superior. Al encontrarse dentro del Poder Judicial, la Sala Suprema Penal Militar Policial debe encontrarse sometida a las normas básicas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial” (f.J. 63).

II. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar

El T.C. declara inconstitucional el Artículo 16.1, que regula la composición del Consejo Superior, en el extremo que señala que está conformado por miembros del “Cuerpo Judicial Penal Militar con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad”. La disposición establece lo siguiente:

“Artículo 16.- Composición y organización del Consejo Superior

16.1 El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o

policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”.

El T.C. señala, recogiendo sus argumentos expuestos en la sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, que: “(...) el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por ‘oficiales en actividad’, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales...” (F.J. 67).

Seguidamente, el T.C. precisa que: “a fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, el juez militar no puede desempeñarse, *a la vez*, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico), toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo” (F.J. 68).

Por último, el T.C. termina enfatizando que: “si se entiende que la situación de actividad implica que el respectivo oficial se encuentre dentro del servicio militar y este servicio a su vez se encuentra regulado en la respectiva normativa de la «administración militar» que forma parte del Poder Ejecutivo, entonces no existirá independencia ni imparcialidad de la «jurisdicción militar» si los jueces que pertenecen a esta poseen vínculos de dependencia respecto de un poder del Estado como es el Poder Ejecutivo. ¿Qué independencia e imparcialidad se podría asegurar a los propios efectivos militares que puedan ser procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense? La respuesta es obvia, ninguna”.

De otro lado, el T.C. declara también inconstitucionales, el artículo 33.2, que señala lo siguiente:

Art. 33.2: “Expedida la resolución de nombramiento y entregado el título oficial por el Consejo Nacional de la Magistratura; corresponde al Ministerio de Defensa o al Ministerio del Interior, previa inscripción de la resolución y título oficial en el registro de la Institución respectiva, expedir la resolución que acredita la obtención del grado militar o policial, con la entrega del despacho otorgado a nombre de la Nación. En los casos de ascensos al grado de General de Brigada o equivalente se observa lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 172 de la Constitución”.

El T.C. refiere que dicha disposición vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, pues “atribuye a los Ministerios de Defensa e Interior (Poder Ejecutivo) funciones que condicionan el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces especializados en lo penal militar. En efecto, una vez nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, los jueces especializados en lo penal militar no pueden supeditar su labor a que un órgano del Poder Ejecutivo les entregue su despacho o realice la inscripción de su título en una institución castrense, y más grave aún, en el caso del último extremo de la disposición cuestionada, la función jurisdiccional no puede encontrarse condicionada a que el Presidente la República sea quien otorgue los ascensos a los oficiales (Generales de Brigada) que se vayan a desempeñar en las máximas instancias de la jurisdicción especializada en lo militar” (F.J. 71).

III. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

El T.C., declara inconstitucionales diversos dispositivos que regulan el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además de las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, dado que sus

miembros son designados por una inconstitucional Junta Transitoria y no por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Los dispositivos declarados inconstitucionales son los siguientes:

- Segunda Disposición Transitoria:

“(...) Los integrantes de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora deben ser designados e instalarse dentro de los cinco (5) días naturales de publicada la presente Ley; debiendo en un plazo máximo de veinticinco (25) días naturales de instalada designar temporalmente a los tres (3) Vocales Supremos jurídico militar o policial que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. Los Vocales Supremos designados temporalmente, deben, en lo posible, haber prestado servicios en diferentes Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

“... la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días naturales para señalar los requisitos, evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más, a los Vocales Superiores, luego de lo cual tiene un plazo máximo de sesenta (60) días naturales para evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más a Vocales Territoriales, Jueces Penales Militares Policiales, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, entre los oficiales en situación de

actividad provenientes de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Instituciones de las Fuerzas Armadas y/o Policía Nacional”.

- “Artículo 81.- Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

81.1 El Cuerpo Judicial Penal Militar Policial está constituido por todos los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales con formación jurídico militar policial, que cumplen funciones en cada instancia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; dependiendo jurisdiccionalmente, de la Sala Suprema Penal Militar Policial. Sus integrantes se encuentran comprendidos en los alcances del ámbito de la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.

- “Artículo 33.- Requisito para el nombramiento jurisdiccional y otorgamiento de despacho

33.1 Previo concurso público de méritos y evaluación personal, sólo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial”.

Al respecto, el T.C., señala que de las normas antes citadas, “se evidencia cómo el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, diseñado por la Ley 28665, pretende servir como instrumento para nombrar como jueces (poder jurisdiccional) a miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (poder ejecutivo), mediante un inconstitucional organismo denominado Junta Transitoria, Calificadora y Designadora; advirtiéndose hasta en tres pasos el modo en que los oficiales en actividad de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria –y no por el CNM–, van a convertirse en vocales y jueces “titulares” de la jurisdicción militar, siendo estos pasos los siguientes (F.J. 78):

- Primer paso: En un régimen transitorio, una “Junta Transitoria, Calificadora y Designadora” designa como vocales y jueces militares a los oficiales en situación de actividad que son miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, salvo el caso de los tres vocales supremos con formación jurídico-militar que deben encontrarse en situación de retiro (Segunda Disposición Transitoria).
- Segundo paso: En un régimen permanente, los vocales y jueces designados por la mencionada Junta Transitoria forman el Cuerpo Judicial Penal Militar, el cual depende “jurisdiccionalmente” de la Sala Suprema Penal Militar Policial (artículo 81, inciso 1).

- Tercer paso: En un régimen permanente, el Consejo Nacional de la Magistratura sólo puede nombrar como jueces y fiscales a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar (que no son sino los miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria, y no por el CNM).

Por idéntica razón, son inconstitucionales determinados extremos del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, por cuanto establecen que el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial está integrado por “*Los Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad* que se desempeñan como Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, de la ley cuestionada, así como, por conexión, el inciso 3, del artículo 81, que alude también a la *situación de actividad* de los mencionados magistrados y secretarios de Juzgado o Sala (F.J. 80).

IV. La garantía de la inamovilidad y el principio de unidad judicial, respeto de la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial.

El T.C. declara inconstitucional diversos artículos donde se afecta la garantía de inamovilidad judicial en sus cargos, al vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de los jueces militares. Con esta garantía se

busca proteger o evitar que los jueces puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Los dispositivos que el T.C. declara inconstitucionales son los siguientes:

- “Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial.

15.5 Crea, reduce, suprime o traslada las sedes de los órganos jurisdiccionales, a su iniciativa o atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional a través del Poder Ejecutivo”.

- “Artículo 23.- Creación de Consejos Territoriales Penales Militares Policiales.

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales; atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, y previa solicitud del Poder Ejecutivo”.

- “Artículo 28.- Creación y jurisdicción de los Juzgados Penales Militares Policiales.

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Juzgados Penales Militares Policiales; atendiendo a los requerimientos

de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y previa solicitud del Poder Ejecutivo”.

Al respecto, el T.C., citando la sentencia recaída en el Exp. No.0023-2003-AI/TC, F.J.35, que “... la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático”. Está referida, básicamente, a la prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. “Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías ‘temporales’ de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente. Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas” (F.J. 84).

Asimismo, refiere que “si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda

trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva y que tal declaratoria de emergencia implique a su vez una petición por parte del Poder Ejecutivo a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que se realice tal traslado (solicitud que debe ser atendida con la celeridad y urgencia del caso), ello no autoriza a que disposiciones como las aquí cuestionadas permitan que “todos” los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse, conforme a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional” (F.J. 87).

V. El principio de unidad de la función jurisdiccional y el sistema de control disciplinario especial de la Ley 28665

El T.C. declara inconstitucional diversos artículos de la Ley 28665, particularmente los que regulan el sistema de control disciplinario especial, denominado Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, dado que vulneran los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional.

Los dispositivos que el T.C. declara inconstitucionales son los siguientes:

- “Artículo 5.- Sanción disciplinaria.

5.1 Los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, en el desempeño de

sus funciones, y respecto de su conducta funcional e idoneidad, se encuentran sujetos a investigación por la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

5.2 Para los efectos de lo señalado en el párrafo anterior, créase la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, cuyos integrantes son designados por la Sala Suprema Penal Militar Policial, tanto en la Oficina Central como en las Oficinas Desconcentradas, entre Oficiales jurídicos militares policiales en situación militar o policial de retiro con experiencia en labor jurisdiccional. La designación es a dedicación exclusiva y por un plazo improrrogable de tres (3) años”.

- Disposiciones Complementarias

SÉTIMA.- Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es el órgano que tiene por función investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Esta facultad no excluye la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer de los procesos en grado.

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es presidida por un Oficial jurídico militar o policial, con experiencia jurisdiccional, con el grado de General de Brigada o equivalente, en situación militar o policial de retiro designado por la Sala Suprema Penal Militar Policial. La función es a dedicación exclusiva (...)

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial está constituida por una Oficina Central con sede en Lima, cuya competencia abarca todo el territorio de la República.

La Sala Suprema Penal Militar Policial crea las Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial y fija sus integrantes, ámbito de competencia, así como sus facultades de sanción”.

En cuanto a este aspecto se refiere, el T.C. señala que los dispositivos antes mencionados afectan el principio de unidad de la función jurisdiccional, por cuanto “el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que cada uno de sus órganos deben poseer no sólo similares garantías y reglas básicas de organización y funcionamiento, sino también un mismo régimen disciplinario. En ese sentido, si el Legislador, conforme a sus

atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, entonces esta Sala debe someterse al régimen disciplinario existente dentro del Poder Judicial y no como ha establecido la disposición cuestionada, que permite la coexistencia de dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial; uno para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, y otro para el resto de órganos jurisdiccionales de este Poder del Estado (F.J. 92).

Sin embargo, el T.C. acota que lo vertido líneas arriba no es exigible en el caso de las instancias inferiores de la jurisdicción militar. Así, señala que: “no existe prohibición constitucional para que el Legislador pueda crear un régimen disciplinario especial, debiendo tomarse en consideración, en todos los casos, que el artículo 154, inciso 3 de la Constitución establece como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura la aplicación de la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos, así como a los jueces y fiscales de todas las instancias, por lo que la regulación del régimen disciplinario de las instancias de la jurisdicción militar debe asemejarse, en lo posible, al régimen estatuido para el caso del Poder Judicial” (F.J. 93).

Complementando lo anterior, el T.C. agrega que “las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de independencia judicial (dimensión interna), por cuanto establecen que la Sala Suprema Penal Militar Policial es competente para designar a los miembros de las Oficinas Desconcentradas

de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, lo cual sería contradictorio con la naturaleza de esta Sala, dado que se encuentra imposibilitada de la realización de actos administrativos de designaciones, “pues al constituirse en un órgano de un nivel jurisdiccional superior al Consejo Superior Militar Policial, a los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y a los Juzgados Penales Militares Policiales, y, en consecuencia, tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de ellos, crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores (F.J. 94).

B. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA CREACIÓN DE LA FISCALÍA PENAL MILITAR POLICIAL

El T.C. declara inconstitucionales los incisos 1 y 2 del Art. 55, el inciso 2 del Art. 56, y el inciso 1 del Art. 82º, de la Ley 28665, referente a la creación y organización de la Fiscalía Penal Militar Policial, dentro de la propia organización del Ministerio Público, vulnerando así, la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura.

Los dispositivos que el T.C. declara inconstitucionales son los siguientes:

Artículo 49.- Fiscales Penales Militares Policiales y Ministerio Público

49.2 Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público, *se encuentran sujetos a sus órganos de control, conforme a la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público y a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*

Artículo 53.- Órganos de gestión del Ministerio Público

Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público, *con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*

Artículo 55.- Nombramiento y ejercicio funcional

55.1 Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo *concurso público* de méritos y evaluación personal, *entre los Fiscales Penales Militares Policiales*, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita.

55.2 Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico-militar policial e *integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial*.

Artículo 56.- Funciones

56.2 Las facultades para ejercer las funciones [del Fiscal Supremo Penal Militar Policial] pueden *excepcional y temporalmente ser asumidas por el Fiscal de la Nación*.

Artículo 82.- Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial

82.1 El Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial está constituido por todos los Oficiales Fiscales con formación jurídico-militar policial que conforman la *Fiscalía Penal Militar Policial*, y que cumplen funciones ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *dependiendo el mismo funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial*. Sus integrantes se encuentran comprendidos en los alcances del ámbito de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, a través de los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en su ámbito.

Resulta evidente que la Ley 28665 al introducir en el Ministerio Público una Fiscalía Penal Militar Policial compuesta de oficiales en actividad que provienen de los servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas y Policía

Nacional para conformar el organismo denominado Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, los mismos que no dependerían de los órganos de gestión del Ministerio Público, y se les otorga un tratamiento diferenciado a fiscales que se encuentran en el mismo nivel y jerarquía, es una trasgresión a principios básicos que con toda razón han sido referidos por el Tribunal Constitucional (F.J. 103).

Asimismo, el T.C. declara inconstitucional, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, al establecer dentro de este órgano constitucional una Fiscalía Penal Militar Policial, compuesta, entre otros, de un Fiscal Supremo Penal Militar Policial, los siguientes dispositivos contenidos en la Ley 28665: inciso 2 del Art. 49, Art. 53, Art. 56.2, inciso 1 del Art. 82, último párrafo del Artículo XII del Título Preliminar, y por conexión, el apartado 8, inciso 1 del Art. 56.

Al respecto, el T.C. declara inconstitucional la norma, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, al establecer que los fiscales penales militares policiales deban ser oficiales en situación de actividad, los siguientes dispositivos: inciso 1 del Art. 49, inciso 1 del Art. 55, inciso 3 del Art. 57, incisos 3 y 4 del Art. 58, inciso 2 del Art. 59, inciso 1 del Art. 60, inciso 2 del Art. 61, inciso 1 del Art. 62, inciso 2 del Art. 63, inciso 3 del Art. 82.

Por último, el T.C. declara inconstitucional el inciso 4 del Art. 82, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, además de la independencia del Consejo Nacional de la Magistratura.

C. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LIMITE DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

- **El principio de igualdad y el examen de constitucionalidad del artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665**

El T.C. analiza, en base al *test de igualdad*, si el contenido del inciso 1 del Art. 33, que establece que sólo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura como vocales o jueces militares, constituye una diferenciación justificable o por el contrario resulta ser un acto discriminatorio.

Texto del dispositivo legal:

Art. 33.1: “Previo concurso público de méritos y evaluación personal, *solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial”.

Para la citada evaluación, el T.C. aplica los siguientes pasos:

Primer paso: (verificación de la diferenciación legislativa) se evalúa la situación jurídica de la norma de exclusión contenida en el Art. 33.1, según la cual sólo podrán ser nombradas por el CNM como jueces militares las personas que forman parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, dejando de lado a aquellos que aún cuando tengan formación jurídico-militar, no forman parte del aludido Cuerpo Judicial. El T.C. estima que las medidas legislativas superan este primer nivel.

Segundo paso: (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de trabajo y el de igualdad en el acceso en los cargos públicos, se verifica que la intervención legislativa tiene una intensidad grave.

Tercer paso: (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación) la justificación de mantener esta diferenciación estuvo determinada por la finalidad de proteger el ejercicio de la carrera judicial militar de quienes integran el mencionado cuerpo judicial penal militar, de modo tal que se pueda asegurar la mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito de la jurisdicción militar, fin que no resulta ilegítimo. De esta

forma, a criterio del T.C., esta medida supera el tercer paso del test de igualdad.

Cuarto paso: (examen de idoneidad) la medida legislativa diferenciadora (solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, como lo es el lograr la mayor eficacia de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar.

Quinto paso: (examen de necesidad), al respecto, el T.C. refiere que al “tratarse de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, consagrado en el artículo 2º.2 de la Constitución, así como el derecho fundamental a la libertad de trabajo, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional” (F.J. 161).

Agrega el T.C., “que la medida legislativa cuestionada, que limita el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, así como el derecho a la libertad de trabajo, no resulta absolutamente necesaria para la

consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así por ejemplo, mediante la optimización del sistema de evaluación para acceder a la jurisdicción militar y la constante capacitación de quienes ya integran esta jurisdicción y pretenden su promoción en la carrera judicial militar, entre otras, pero no limitando innecesariamente, en todos los casos, que personas que no formen parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y que puedan tener una óptima formación jurídico-militar, accedan a la función pública en la jurisdicción militar” (F.J.162).

En base a los argumentos expuestos en el quinto paso, el T.C. concluye que la medida legislativa cuestionada vulnera el principio de proporcionalidad y consecuentemente el principio de razonabilidad.

Sexto Paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio se enuncia de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de afectación – intervención al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional.

D. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN TRANSITORIO CONTEMPLADOS EN LA LEY 28665

El Tribunal Constitucional declara inconstitucionales la Segunda Disposición Transitoria, así como la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, que crea la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, por vulnerar las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). “En efecto, los artículos 150º y 154º inciso 1) de la Constitución establecen que el CNM “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales” y de “Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles (...)”. en consecuencia, las disposiciones que crean y regulan la cuestionada Junta Transitoria violan tales disposiciones constitucionales, al arrogarse las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que esta Junta Transitoria, compuesta por 4 oficiales jurídicos, además de 3 representantes designados por el CNM, se encargará del nombramiento de jueces y fiscales” (F.J. 165).

Asimismo, el T.C. agrega que: “el hecho de que esta Junta Transitoria se encuentre conformada por tres representantes del CNM no la legitima para “designar” temporalmente a los jueces y fiscales de la especialidad penal militar. Si la Norma Fundamental ha establecido que los jueces y fiscales deben ser seleccionados y nombrados por el CNM entonces el Legislador se encuentra prohibido de crear un organismo como la mencionada Junta Transitoria” (F.J. 166).

De la misma forma, el T.C. declara inconstitucional la Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional y la garantía institucional del Ministerio Público, dado que someten a los órganos del Poder Judicial y el Ministerio Público a un sistema de control disciplinario incompatible con el estatuto jurídico básico que poseen ambos órganos constitucionales (F.J. 167).

- **Legitimidad de las sentencias interpretativas**

De otro lado, en cuanto a las sentencias interpretativas, el T.C. precisó en el fundamento jurídico 50 y siguientes, que en el presente caso era necesario distinguir entre los términos disposición y norma, siendo presupuesto básico cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad de las denominadas sentencias interpretativas, “cuyo fundamento radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio básico de supremacía constitucional” (F.J. 52).

Agrega el T.C. que “la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga” (F.J. 169).

- **La seguridad jurídica y la necesidad de diferir los efectos de las sentencias**

Al considerar que los efectos de la sentencia podrían originar consecuencias nefastas para el funcionamiento de la justicia militar, y con el fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad, el T.C. difiere los efectos de la sentencia, aún cuando el Art. 204 de la Constitución no prevé tal figura.

Sobre esta potestad de diferir los efectos de las decisiones, el T.C. citando a Zagrebelsky, refiere: “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que transtornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención” (F.J. 175).

- **La Sentencia el Tribunal Constitucional y los efectos de la Ley No.28665**

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias, que regula la creación de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia (F.J. 183).

En cuanto al resto de disposiciones que resultan inconstitucionales, “el Tribunal Constitucional dispone una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la sentencia en el diario oficial, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas, surta todos sus efectos, siendo expulsadas del ordenamiento jurídico. Dicho lapso permitirá que el legislador regule la respectiva organización de la jurisdicción militar” (F.J. 184).

3. ASPECTOS QUE LA PRESENTE TESIS DISCREPA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. BREVE INTRODUCCIÓN

En principio, señalar que uno de los aspectos que la tesis propuso, mucho antes que de que se promulgue la Ley 28665 y que origine la demanda de inconstitucionalidad contra la citada ley, fue por ejemplo, que sea el Consejo

Nacional de la Magistratura, previo concurso público, el organismo constitucional que se encargue de designar a los jueces y vocales que integran la jurisdicción militar, en aras de preservar la independencia de la función jurisdiccional de los tribunales militares¹

Otro de los aspectos que esta tesis sustentó en su debido momento, fue lo referido a que los tribunales militares debían estar conformados sólo por oficiales abogados. La especialización que la jurisdicción militar implica y reclama con justicia dicha exigencia. En el caso del auditor deberá ser un miembro de las FF.AA. o PNP, de armas o policial respectivamente, cuyo asesoramiento se enmarcaría en aspectos operativos propios de las funciones militares o policiales. En nuestro caso, se anexó a la tesis de que deben ser oficiales jurídicos los que integren los tribunales militares, la contrastación empírica tomada de diversos casos analizados en la presente investigación², de que el juez militar había realizado una deficiente calificación jurídica, al momento de abrir instrucción.

Un tercer aspecto que fue sustentado en esta tesis, está relacionado con el hecho de que la justicia militar se encuentre conformado por Oficiales Jurídicos en situación militar o policial *en actividad*. Algo que el Tribunal

¹ Cfr: el Capítulo V, acápite 5.5, “aspectos sustanciales de la justicia militar que deben ser modificados”, de la presente tesis.

² Cfr: Anexo 2: Análisis de Casos Jurisprudenciales: acápite: Infracción en la aplicación de la ley del servicio militar: Casos: 1) Exp. N° 5297-0029, Sentencia VI-CSJM del 14AGO1997; 2) Exp. N° 120398-014, Sentencia 3JMPL-IIZJE del 08SET1998.

Constitucional ha considerado como cuestionable por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el principio de separación de poderes. Sin embargo, en el siguiente acápite se va a sustentar que dicho cuestionamiento expresado por el T.C. son infundados.

Como último punto, algo que esta tesis no consideró originalmente, es señalar que, sí es válido, legal y legítimo, la permanencia de un organismo al interior de la justicia militar, que agrupe a los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar o Policial, que hayan accedido a los cargos de magistrados en dicha jurisdicción.

Dicha apreciación se sustenta en dos razones básicas: 1) para lograr mayor eficiencia y eficacia en la función jurisdiccional dentro del ámbito de la jurisdicción militar policial, por la naturaleza de su especialidad; 2) compromiso ético con las instituciones de procedencia de los magistrados, para el logro de la finalidad de las mismas, en cuanto a orden y disciplina de las instituciones castrenses se refiere, lo que no implica ausencia de imparcialidad.

B. LOS TRIBUNALES MILITARES Y LOS OFICIALES EN ACTIVIDAD

- **Posición del Tribunal constitucional**

EL T.C. considera que el hecho de que “los tribunales militares se encuentren conformados por ‘oficiales en actividad’, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales” (F.J. 67).

De esta forma, agrega el T.C., que “si se entiende que la situación de actividad implica que el respectivo oficial se encuentre dentro del servicio militar y este servicio a su vez se encuentra regulado en la respectiva normativa de la «administración militar» que forma parte del Poder Ejecutivo, entonces no existirá independencia ni imparcialidad de la «jurisdicción militar» si los jueces que pertenecen a esta poseen vínculos de dependencia respecto de un poder del Estado como es el Poder Ejecutivo” (F.J. 68).

De lo expuesto, se advierte que los reparos que pone el T.C. al hecho de que los ‘oficiales en actividad’ que ejercen función jurisdiccional no podrían actuar con imparcialidad e independencia se encuentran relacionados con:

- 1) Continúan siendo funcionarios de los institutos castrenses.

2) Por ende, se encuentran dentro del servicio militar, lo que los liga al Poder Ejecutivo.

- **Posición de la presente tesis**

Respecto al primer aspecto señalado líneas arriba, en principio, no debe confundirse la “administración militar”, donde de hecho impera los principios de subordinación, jerarquía y autoridad, con la “justicia militar policial”, donde impera la legalidad vinculado con los derechos y principios que consagra la Constitución.

En la presente investigación se ha destacado que los tribunales militares también se encuentran sujetos al respeto irrestricto de los derechos fundamentales y a las garantías procesales que consagra la Constitución y las leyes ordinarias, de tal forma, que la función jurisdiccional que ejerce el juez militar se encuentra plenamente vinculado a dicha situación. El juez militar cuando ejerce función jurisdiccional no es partidario de su institución castrense, sino de la justicia pues, además, es su obligación como la de cualquier magistrado en aplicación estricta de la ley. Por esta razón, el reproche que realiza el T.C. resulta infundado, aún cuando en momentos históricos pasados haya podido ser válido, por lo mismo que el respeto por los derechos fundamentales no se encontraban plenamente garantizados.

Consideramos que bajo un Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia se tienden a adecuar a la jurisdicción militar, restringiéndola posiblemente en tiempos de guerra, sino que además el papel de los derechos fundamentales en la justicia militar, también dejan de ser meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su propia actividad.

La posición del T.C. trasluce un temor infundado donde existen órganos e instancias que permiten controlar las decisiones arbitrarias y el abuso del poder, que pudieran incurrir los jueces militares.

Al respecto, resulta ilustrativo lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, cuando señala: “tratándose de la administración de justicia penal militar, rigen igualmente los principios de imparcialidad y autonomía de los funcionarios judiciales que, a voces de la Carta sólo se encuentran sometidos al imperio de la ley”³. En el mismo sentido, agrega señalando: “El que la justicia militar esté cubierta por los principios de la administración de justicia en general implica que se vea garantizada la independencia judicial tanto frente a las diferentes ramas del poder como, guardadas las proporciones y respetando las competencias de ley, ante los superiores jerárquicos”.

Pero, así como la Jurisdicción Militar se encuentra estrechamente vinculado a los principios y valores que regulan la jurisdicción común, también es cierto que, posee ciertas particularidades que la diferencian de ésta, y por lo mismo justifican su razón de ser como fuero de excepción. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia señala: “el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución”⁴.

En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia en otra sentencia, cuando afirma: “...[l]a Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por

³ Sentencia C-1002/05.

⁴ Sentencia C-1002/05.

consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos”⁵.

Por ello, afirmamos que un tratamiento diferenciado respecto a las normas que regulan la organización para acceder a la función jurisdiccional en el fuero militar no resultan discriminatorio, ni atentatorio de los derechos fundamentales, dado el carácter especial del fuero, pero siempre y cuando se encuentre configurado dentro del marco de lo razonable y lo proporcional. Así, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado: “El tratamiento diferenciado entre la jurisdicción penal ordinaria y la Justicia Penal Militar en cuanto a los requisitos para acceder a los cargos de cada jurisdicción no constituye –per se- violación al principio de igualdad constitucional, porque la disímil estructura jurídica de una y otra excluye el tratamiento equivalente. No obstante, pese a que dicha conclusión despeja la duda acerca de la posibilidad de conferir un tratamiento diferenciado a los requisitos de acceso entre ambas jurisdicciones, la misma no resuelve lo atinente a la legitimidad del trato diferenciado objeto de la demanda, ya que es claro que no cualquier tratamiento diferente podría autorizarse con el simple argumento de que el trato diferente está permitido. Además de estar permitido, el trato diferencial debe ser legítimo, razonado y proporcional”⁶.

⁵ Sentencia C-358 de 1997.

⁶ Sentencia C-171/04.

Resulta de gran importancia para los oficiales en actividad que desean asumir funciones de carácter jurisdiccional, que no se les prive de los derechos propios de tal situación, como la de ostentar un grado militar o policial. Contrariamente a lo que afirma el T.C., considero que el cargo (de magistrado militar) no se contrapone a su situación *en actividad*, y por el contrario contribuye a la eficacia en la administración de justicia, en la medida que representa para el justiciable una imagen de respeto a la jerarquía y grado de la institución de donde proviene, manteniéndose así el criterio de orden y disciplina en un órgano extra institucional, como lo es la jurisdicción militar policial.

En realidad, como lo señala la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia "... Los jueces de instrucción penal militar policial no desempeñan tareas de dirección política u orientación institucional, ni funciones que requieran de una relación especial de confianza. Evidentemente, sus labores son estrictamente judiciales. Y si bien la Carta Política autoriza la existencia de una jurisdicción penal militar aparte de la jurisdicción ordinaria, ello no significa que la justicia penal militar pueda sustraerse de los principios propios de la administración de justicia, tal como el de que los funcionarios judiciales deben ser independientes. Así las cosas, no existe ningún argumento que justifique su exclusión del régimen de carrera administrativa"⁷.

La eficiencia en la administración de justicia penal militar policial, por parte del oficial *en actividad*, se traduce en el hecho que conoce el funcionamiento y la problemática de la organización militar o policial, lo que a la larga se plasma en sus actos, al decidir en forma objetiva e imparcial, además dicha situación consolida a nivel subjetivo e interno del justiciable como de todo miembro de dichas instituciones que, aún cuando, no estén procesados observarán la majestad de administrar justicia en un personaje que representa un grado y jerarquía militar o policial, lo que reforzara la idea de disciplina y orden que debe imperar en toda institución castrense.

En efecto, conforme refiere la Corte Constitucional de Colombia: “La administración de justicia reclama un juez conocedor de la problemática sobre la cual debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido. “Hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Pública, es la de que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia”⁸.

⁷ Sentencia C-1002/05

⁸ Sentencia C-473/99.

Estas son los criterios que han primado para que el Constituyente colombiano introduzca en el artículo 221° párrafo *in fine* de la Constitución de este país, que: “...*Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro*”⁹. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia precisa: “... por eso el constituyente concibió la justicia penal militar, pues se trata de que en unos funcionarios concorra, además del criterio jurídico inherente a todo administrador de justicia, el conocimiento de la estructura de la fuerza pública, de la misión constitucional que le incumbe y de las reglas de conducta que la gobiernan pues esa estructura, esa misión y esas reglas de comportamiento tienen profunda incidencia en la manera como se han de valorar las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio”¹⁰.

La especial atribución de autoridad que inspira la condición de magistrado, lo eleva por sobre cualquier persona, sea civil o militar, haciendo que su autoridad sea respetada por cualquier persona. Esto ocurre con el juez militar, el mismo que conociendo la funcionalidad, reglas y problemática de la organización militar o policial, puede emitir sentencias con absoluta objetividad e imparcialidad, sobretodo si sus decisiones están vinculadas a la Constitución y a las leyes.

⁹ El Congreso, como poder constituyente derivado, modificó el artículo 221° de la Carta y explícitamente estableció, por medio del Acto Legislativo No 2 de 1995, que los tribunales castrenses “estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

¹⁰ Sentencia C-171/04

En cuanto al hecho de que los 'oficiales en actividad' que ejercen función jurisdiccional dependen del Poder Ejecutivo, ello no implica que en forma necesaria vayan a perder su independencia e imparcialidad, por tres razones:

- 1) Su designación como magistrado no depende del Ejecutivo, sino de un organismo autónomo como es el Consejo Nacional de la Magistratura.
- 2) Su actuación funcional se encuentra sujeta a control por parte del Órgano de Control de la Magistratura, o del que haga sus veces.
- 3) El procedimiento como las decisiones jurisdiccionales tienen que basarse en la ley, por lo que no se puede hablar de parcialidad, caso contrario se estaría ante una trasgresión a la ley.

Por ello, considero que no existe incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, dado que el militar o policía en actividad no sólo ejerce el cargo de magistrado con mucho profesionalismo y responsabilidad, sino que además, por la propia especialización que reviste este fuero privativo, resulta necesario que se encuentre en situación de actividad, ahora bien resulta viable que dichos cargos sean ejercidos por personal de oficiales jurídicos en situación de retiro, en la medida que cuentan con la misma formación, lo que amerita un estudio más profundo, por lo que se deja como una iniciativa para su posterior tratamiento. Cabe recordar que la trasgresión

de la Ley es una situación de personas y no de normas, ya que son en esencia las mismas disposiciones las que rigen el proceder del Magistrado de la Jurisdicción militar policial como la del fuero común.

C. LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO AL INTERIOR DE LA JUSTICIA MILITAR QUE INTEGRE A LOS MAGISTRADOS ASPIRANTES A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA JUSTICIA MILITAR

El T.C. ha cuestionado la existencia del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, al ser considerado por la Ley 28665, como el organismo que agrupe a los postulantes a la función jurisdiccional de los tribunales militares. En efecto, el T.C. refiere que las disposiciones de la Ley 28665 que regulan el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, “desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “público” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución, con quienes formen parte del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial; es decir, que el denominado “concurso público” no será precisamente público, pues se realizará solo con los integrantes de una entidad como el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial” (F.J. 105). Agrega el T.C. que “limita con ello las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, restringe desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes teniendo una formación jurídico

militar idónea para desempeñar la función fiscal en materia penal militar no son miembros del denominado *Cuerpo Judicial Penal Militar* (F.J. 106).

En el fondo, el test de igualdad que realiza el T.C. para determinar si la creación del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, se encuentra justificado o constituye una discriminación, no es necesariamente exacto, en la medida que se ha realizado una interpretación de la norma en forma extensiva, cuando debió interpretarse restrictivamente y con las variables que justifican su existencia, por la naturaleza de la jurisdicción militar policial, ahora bien concordamos con el Tribunal que no se puede condicionar el acceso a dicho cargo, por el hecho de pertenecer a dicho organismo; sin embargo, es adecuado hacer referencia que una vez que se obtiene el cargo, dicho magistrado deberá integrarse al organismo en mención, por lo que se justifica la variación de la norma materia de análisis, sin que ello implique la desaparición de la mencionada organización, asimismo, puede haberse tratado de un error material del legislador, lo que se desprende de un análisis sistemático de la ley en lo referente a dicho punto, que amerita una mayor profundización en cuando a su análisis. Y por otro lado, no toma en cuenta el carácter especializado del fuero militar, la misma que por sí, es diferente del fuero común, y exige por tanto un trato diferenciado, sin que ello implique una afectación al orden constitucional o legal.

Según el test de igualdad que realiza el T.C., conformada por cinco pasos, el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, estaría superando sólo tres pasos:

Paso 1: verificación de la diferenciación legislativa: sólo podrán ser nombradas por el CNM como jueces militares las personas que forman parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.

Paso 3: verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: finalidad de proteger el ejercicio de la carrera judicial militar de quienes integran el mencionado cuerpo judicial penal militar, de modo tal que se pueda asegurar la mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito de la jurisdicción militar)

Paso 4: examen de idoneidad: el fin que se pretende, es lograr la mayor eficacia de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar.

Sin embargo, el quinto paso, que es considerado como fundamental, no lo supera. Argumenta el Tribunal lo siguiente:

Paso 5: examen de necesidad: limita el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, así como el derecho a la libertad de trabajo, no resulta absolutamente necesaria para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales.

Mi apreciación personal es que sólo pueden asumir cargos para la función jurisdiccional del fuero militar los *oficiales del Cuerpo Jurídico en actividad o en retiro*, lo cual ciertamente implica una restricción, pero que se justifica, conforme se ha mencionado, por la especialización de la función,

requiriéndose no sólo una formación judicial, sino también una formación profesional militar o policial que suministre los fundamentos requeridos para comprender los bienes jurídicos y los derechos que se encuentran en juego, la naturaleza jurídica del delito y de la pena, su íntima conexión con derechos fundamentales y los presupuestos de la responsabilidad penal. No podemos olvidar que resulta un elemento constitutivo de un derecho del justiciable que reclama una administración de justicia bajo un marco de seguridad jurídica que solo se lo puede brindar aquella persona que tiene los conocimientos básicos sobre la función militar o policial, caso de los oficiales jurídicos en actividad o retiro.

Contrariamente a lo que sostiene el Tribunal Constitucional, considero que si se estaría superando el quinto paso, pero no bajo la existencia del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, tal como se encuentra regulado en la Ley 28665, sino simplemente bajo la fórmula siguiente:

“Los Juzgados y Tribunales del Fuero Militar Policial estarán integrados por miembros del Cuerpo Jurídico Militar o Policial, en situación de actividad o de retiro, previo nombramiento por el Consejo Nacional de la Magistratura”.

Esto implica que basta que el oficial forme o haya formado parte del Cuerpo Jurídico Militar o Policial, para que pueda acceder a un cargo en la función jurisdiccional militar, previo concurso ante el Consejo Nacional de la

Magistratura, conforme a lo expuesto líneas arriba. Es en esta etapa donde el magistrado se integra al denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y al Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, según sea el caso.

Respecto al examen del quinto paso, veremos lo siguiente:

Quinto paso: (examen de necesidad)

El T.C. considera que restringir el acceso a los cargos públicos del fuero militar sólo para aquellos que integran el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, o sólo para aquellos oficiales que se encuentran en situación de actividad, constituye una medida que afecta el derecho fundamental a la igualdad, al no permitir que cualquier persona, incluido los civiles que tengan una óptima formación jurídico-militar, accedan a la función pública en la jurisdicción militar, lo cual vulnera el principio de proporcionalidad y consecuentemente el principio de razonabilidad.

Sin embargo, considero que resulta legítimo introducir en este caso, un trato diferenciado, y permitir que sólo los oficiales jurídicos que se encuentran en situación de actividad o en retiro, postulen para el cargo de magistrados en el fuero militar.

A continuación se plantean cinco argumentos a favor de esta idea¹¹:

¹¹ Estos argumentos han sido tomados de la Sentencia C-171/04, de la Corte Constitucional de Colombia.

Primero: La identidad de la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado.

Segundo: Si bien entre la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no es posible concebir un trato diferenciado cuando se trata de asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto al debido proceso, así como los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales, por lo mismo que éstos son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten, sí puede el legislador establecer diferencias relevantes con relación a la organización y estructura de cada jurisdicción.

Tercero: De esta forma, y atendiendo precisamente a la diversa naturaleza de la justicia penal militar, es legítimo exigir calidades relacionadas con ese específico ámbito funcional. Es decir, para ocupar ciertos cargos dentro de la justicia penal militar, el aspirante tiene que cumplir con la experiencia requerida en el área militar o policial, precisamente porque posee un carácter especial.

Cuarto: En ese sentido, si el objeto de la Jurisdicción Penal Militar es la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por miembros de la Fuerza

Armada y la Policía, que constituye fuero especial; y si las condiciones de juzgamiento y la disciplina castrense son elementos indispensables para el cabal entendimiento de la dinámica del delito militar, inscrito en los principios de subordinación, disciplina y honor militares; y si además la nota característica de las conductas investigadas es el uso de la fuerza y el compromiso con la defensa de la seguridad nacional y el orden público, resulta más que razonable, legítimo y proporcionado, que se exija que, para acceder a ciertos cargos dentro de dicha jurisdicción, se tenga una experiencia mínima en la vida militar o policial.

Quinto: El tratamiento diferenciado entre la jurisdicción penal ordinaria y la Justicia Penal Militar Policial, en cuanto a los requisitos para acceder a los cargos de cada jurisdicción no constituye –per se- violación al principio de igualdad constitucional, porque la disímil estructura jurídica de una y otra excluye el tratamiento equivalente.

La sola formación jurídica o judicial no basta para sustentar el carácter abierto (que incluya civiles) que debe tener la postulación a la función jurisdiccional del fuero militar, pues, si así fuera, sería legítimo que la jurisdicción ordinaria investigue, acuse y juzgue a los miembros de la Fuerza Armada y a la Policía aún en los supuestos de delitos de función.

En consecuencia, la existencia de este organismo al interior de la justicia militar, se justifica por dos razones:

- 1) La primera, se encuentra vinculado con la expresada por el propio T.C. en los pasos tercero y cuarto: “proteger el ejercicio de la carrera judicial militar de quienes integran el mencionado cuerpo judicial penal militar, de modo tal que se pueda asegurar la mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito de la jurisdicción militar” (F.J. 159). Vinculado al anterior, se encuentra “lograr mayor eficacia de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar” (F.J. 160).
- 2) Compromiso del magistrado de la justicia militar. Esto implica que el Oficial que va a ser magistrado debe integrarse en la organización castrense, conocer su organización, sus reglas, sus problemas, lo que no implica que deba ser menos imparcial al momento de decidir. Al parecer, el T.C. considera que existe un magistrado absolutamente objetivo, lo cual no es cierto.

En consecuencia, la medida diferenciadora resulta adecuada para lograr mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito del fuero militar. No podría establecer si dicha medida es absolutamente indispensable, pero la considero como la más conveniente para una institución tan sensible y delicada como la castrense, más aún cuando van a cumplir la función de magistrado.

ANEXOS

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. No. 0004-2006-PI/TC,
Asunto: Fiscal de la Nación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0004-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 29 de marzo de 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República

Síntesis

Demandá de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

Magistrados firmantes:

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Sumario

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Antecedentes
- 1. IV. Materias constitucionalmente relevantes
- 2. V. Fundamentos

§1. La jurisdicción especializada en lo militar y los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional

- 1.1. Los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la exigencia de un estatuto jurídico único para los jueces
- 1.2. El principio de independencia de la función jurisdiccional. La separación entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas
- 1.3. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional y la estructura de la jurisdicción especializada en lo militar
- 1.4. El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”

§2. Control de constitucionalidad de fondo de las disposiciones cuestionadas

A. La regulación de los órganos de la jurisdicción militar, los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad judicial y la garantía de inamovilidad

- 2.1. Los principios de unidad e independencia judicial y la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial
 - a) Los artículos 139 inciso 1), 141 y 173 de la Constitución y las competencias del Legislador en la regulación de la jurisdicción especializada en lo militar
 - b) Análisis de constitucionalidad de las disposiciones que regulan la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial
 - c) El Consejo Superior Penal Militar Policial, el conocimiento de los procesos constitucionales y las funciones de naturaleza administrativa
- 2.2. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar
- 2.3. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial
- 2.4. La garantía de inamovilidad y el principio de unidad judicial, respecto de la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial
- 2.5. El principio de unidad de la función jurisdiccional y el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley 28665

B. La garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público y la creación de la Fiscalía Penal Militar Policial

C. El principio de igualdad como límite de la actividad del Legislador

- 2.6. La igualdad jurídica y su vinculación al Legislador
- 2.7. La igualdad «ante la ley» y sus dos manifestaciones: igualdad «en la ley» e igualdad «en la aplicación de la ley»
- 2.8. La vinculación entre el juicio de igualdad «en la ley» y el principio de proporcionalidad
- 2.9. El test de igualdad. Los pasos a seguir para verificar si una «diferenciación» es válida o si se constituye en una «discriminación»

Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad)

Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación
Cuarto paso: Examen de idoneidad
Quinto paso: Examen de necesidad
Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto

2.10. El principio de igualdad y el examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas

D. Análisis de constitucionalidad del régimen transitorio contemplado en la Ley 28665

§3. El control del Tribunal Constitucional, la legitimidad de las sentencias interpretativas y los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad

- 3.1. La legitimidad de las sentencias interpretativas
- 3.2. La seguridad jurídica y la necesidad de diferir los efectos de las sentencias
- 3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional y los efectos de la Ley 28665

VII. Fallo

EXP. N.º 0004-2006-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de marzo de 2006, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Latirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9,

10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad
Demandante	: Fiscal de la Nación
Disposición sometida a control	: Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.
Disposiciones constitucionales cuya vulneración se alega	: Artículos 2.2, 139.1, 139.2, 150 y 158 Const.
Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9, 10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley 28665.

3.

4. IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demandante

Con fecha 24 de enero del 2006, la Fiscal de la Nación solicita que se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de los artículos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, publicada el 7 de enero del 2006 en el diario oficial “El Peruano”, por considerar que vulneran los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho a la igualdad ante la ley.

Alega que las disposiciones que se mencionan a continuación vulneran el *derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación*, entendido como un derecho subjetivo que supone la prohibición de ser discriminado por algunas de las causales previstas en el artículo 2.2 de la Constitución o por alguna otra que lesione la dignidad del ser humano:

- a) Artículo 10, inciso 2; que dispone que la presidencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentre a cargo de uno de los tres vocales supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial. Aduce que vulnera el mencionado principio, toda vez que se excluye sin causa objetiva a los dos vocales supremos de la jurisdicción ordinaria.
- b) Cuarta Disposición Transitoria, según la cual los fiscales supremos penales militares policiales designados por la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora se integran a la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público. Alega que la presente disposición vulnera el principio constitucional de igualdad, en tanto que únicamente los mencionados fiscales supremos penales militares policiales designados “provisionalmente” por la Junta señalada

podrán integrar la Junta de fiscales supremos, excluyendo de esta manera a los Fiscales Supremos Provisionales nombrados de acuerdo con el Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.

Por otro lado, señala que las disposiciones cuestionadas también vulneran *los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*, recogido en el artículo 139, inciso 1), de la Constitución. Precisa que la "unidad en el caso del Poder Judicial importa que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, el que será de naturaleza y características que garanticen su independencia".

Aduce que este principio es vulnerado por las siguientes disposiciones:

- a. Artículo I del Título Preliminar, el cual prescribe que la Jurisdicción Especial en Materia Penal Militar se vincula en el vértice de su organización con el Poder Judicial y administra justicia en nombre del pueblo. Al respecto, refiere que, conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, según la cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En el caso del Poder Judicial, es imprescindible que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, pues mientras

el Poder Judicial sea un ente orgánico, cohesionado, jerarquizado y con una sola cabeza directriz, podrá decirse que está en aptitud de ser independiente. Pero si – como hace la Ley–, se introduce en él un cuerpo extraño, ajeno a su organización, el principio de unidad desaparece y se abren las puertas para minar su independencia.

Asimismo, refiere que se vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional al haberse establecido que la Sala Suprema Penal Militar Policial sea integrada, además, por tres vocales provenientes de la jurisdicción especial, a quienes se les ha otorgado los mismos derechos que los vocales supremos, es decir, que tienen “plenos derechos para intervenir con voz y voto en la Sala Plena de la Corte Suprema en asuntos que competen a la jurisdicción ordinaria”.

- b. Primera Disposición Complementaria, en concordancia con el artículo 15, inciso 3), en cuanto ambas disposiciones establecen criterios acerca del Pliego Presupuestal de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Según refiere, las mencionadas disposiciones disponen que administrativa y económicamente el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial tiene plena autonomía, no teniendo punto de conexión con la estructura organizativa y económica del Poder Judicial.
- c. Artículos 23 y 28, que otorgan competencia al Consejo Superior Penal Militar Policial para crear, reducir y trasladar sedes; así como para determinar la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y los Juzgados Penales Militares Policiales. Al respecto, manifiesta que dichas disposiciones vulneran el principio de unidad y autonomía del Poder Judicial, toda vez que este carece de la citada competencia.

Asimismo, la Fiscal de la Nación sostiene que el *principio de autonomía del Ministerio Público* es vulnerado por las siguientes disposiciones:

- a) Artículo XII del Título Preliminar, el cual dispone que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial. Alega que este artículo vulnera el mencionado principio, toda vez que los Fiscales Penales Militares Policiales dependen administrativa, funcional y orgánicamente de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial, quedando fuera del ámbito de control de los órganos de línea del Ministerio Público.

Por otra parte, arguye *que los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional*, son vulnerados por las siguientes disposiciones que establecen, entre otras previsiones, que la función jurisdiccional y la función fiscal puedan ser desempeñadas por oficiales en situación de actividad:

- a) Artículo 16, inciso 1, que establece que el Consejo Superior está conformado por vocales con grado militar o policial de General de Brigada, o equivalente en situación de actividad.
- b) Artículo 24, inciso 2, que dispone que los miembros de cada Sala de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales tengan grado militar o policial de Coronel, o equivalente en situación de actividad.
- c) Artículo 31, que establece que los Jueces Penales Militares Policiales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial deban tener grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad.
- d) Artículo 49, que dispone que los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, son oficiales en situación de actividad, a excepción de los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, quienes deberán pasar a la situación de retiro para ejercer dicho cargo.

Finalmente, sostiene que, de acuerdo con las disposiciones precitadas, “aquellos que actúan en la función fiscal militar policial, mantendrán sus cargos castrenses; por lo tanto, rigen con respecto a ellos, los principios de obediencia, jerarquía y de autoridad y subordinación; principios, todos ellos, incompatibles con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho”.

2. Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada no vulnera ninguno de los principios constitucionales invocados en la demanda.

Con relación *al derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación*, la emplazada sostiene que la organización independiente y diferenciada de la jurisdicción militar está perfectamente justificada constitucionalmente, a tenor del artículo 139, inciso 1, de la Constitución, y conforme lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional, 0023-2003-AI/TC, en la que se advierte que la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar le corresponde al Congreso de la República. Por ello, el artículo 10 de la ley impugnada no resulta inconstitucional, toda vez que el Congreso decidió que de los cinco vocales integrantes de la Sala Suprema Penal Militar, tres sean militares en retiro, entre los cuales se tendrá que escoger al Presidente de la Sala Suprema. Agrega que tal exigencia es imprescindible, atendiendo a los criterios históricos y de cumplimiento de las trascendentales atribuciones de las Fuerzas Armadas. Así, la opinión dirimente recaería sobre un magistrado con los conocimientos técnicos necesarios para la función jurisdiccional que se está desempeñando.

Sostiene también que la exigencia de la formación jurídico-militar es esencial; que esta no se limita a conocimientos de Derecho Militar, sino que incluye el conocimiento y la vivencia de los hechos, modos y circunstancias en los que han tenido que aplicar los reglamentos y leyes propios de la institución.

Asimismo, indica que la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, creada por la Cuarta Disposición Transitoria de la ley impugnada, no vulnera el principio de igualdad, porque su vigencia concluye con la consumación de las funciones que le fueron atribuidas por ley. Señala que la Junta está presidida por un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura y que su creación responde al

criterio de especialidad con que deben contar los postulantes al Ministerio Público. Aclara que el régimen transitorio era necesario debido a que el cumplimiento de la ley debe ser paulatino y sin entorpecer las funciones de la jurisdicción ordinaria ni la de los fiscales ordinarios. De otro lado, argumenta que la mencionada Junta está integrada por tres miembros del CNM, y que la Junta no es inconstitucional, pues su finalidad es contar con jueces y fiscales inmediatamente para dar operatividad a la justicia militar.

Con relación a *los principios de unidad y autonomía del Poder Judicial*, sostiene que no se ha transgredido la Constitución, dado que el artículo 139, inciso 1, establece que la jurisdicción militar es excepcional, por lo que su estructura independiente y la vinculación en el vértice de ambas jurisdicciones (la militar policial y la ordinaria) tienen fundamento constitucional, de manera que solo al Congreso le compete estructurar la organización de la jurisdicción militar.

Respecto del *principio de supremacía de la ley específica*, señala que responde a una técnica de resolución de conflictos entre normas del mismo rango.

En cuanto a los *principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional*, sostiene que ellos no se han vulnerado puesto que la Constitución prevé que la jurisdicción militar es excepcional e independiente de la ordinaria, por lo que ambas jurisdicciones deben tener las mismas características.

Afirma también que la competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, de designar entre los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura al Presidente del Consejo Superior de Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, no contraviene el principio de independencia jurisdiccional, porque la independencia no se garantiza por la calidad del órgano que nombra al presidente del consejo, sino por su sujeción a la Constitución y al Estado de Derecho.

Asegura el demandado que los artículos 23 y 28, que se refieren a la creación, reducción y desplazamiento de sedes jurisdiccionales en el ámbito nacional, regulan una potestad que responde a la naturaleza de la especialidad y excepcionalidad de la justicia militar.

Respecto de los miembros de los Cuerpos Judicial y Fiscal Penal Militar Policial, y su condición de oficiales en actividad, señala que no se afectan la independencia e imparcialidad del Poder Judicial ni del Ministerio Público, pues la jurisdicción militar es independiente de ambas. En cuanto a la independencia de la jurisdicción militar, indica que esta tampoco se ve afectada, pues la ley impugnada prevé que quienes asuman funciones jurisdiccionales y/o fiscales deban tener formación jurídica y militar policial.

Por otro lado, alega que la Constitución no establece un único *sistema de control disciplinario* de los jueces. Añade, que lo dispuesto en el artículo 154, inciso 3, no es óbice para que a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establezca un sistema de control disciplinario distinto del CNM. Así, el demandado llega a la conclusión de que aceptar que sea la Corte Suprema (jurisdicción ordinaria) la que se encargue del control disciplinario de los jueces de la jurisdicción militar, sería un atentado contra la independencia y autonomía de esta jurisdicción, garantizada por la Constitución.

Respecto del *principio de autonomía del Ministerio Público*, se debe tener en cuenta que, en el caso de la jurisdicción militar, los fiscales penales militares policiales no representan a toda la sociedad, como en el caso de la jurisdicción ordinaria, sino que representan a un sector de ella, y responden a la protección de los bienes jurídicos castrenses. De este modo, la dependencia administrativa y funcional de los fiscales al Fiscal Supremo Penal Militar Policial obedece al criterio de especialidad de la jurisdicción militar. Añade que, conforme a los artículos 56 y 53 de la ley impugnada, no se contraviene lo señalado por el Tribunal Constitucional, cuando sostiene que la

Constitución no permite que otro órgano ejerza las mismas atribuciones que el Ministerio Público, porque su organización sigue siendo única jerárquicamente, a través de las funciones que asume el Fiscal de la Nación.

3. Informe de la Defensoría del Pueblo y otros informes

- Con fecha 4 de abril de 2006, la Defensoría del Pueblo puso a consideración del Tribunal Constitucional el Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”.
- Asimismo, con fechas 21 y 30 de marzo de 2006, se recibieron los informes escritos de la representación de la Justicia Militar.
- Finalmente, con fecha 3 de abril de 2006, se recibió el informe escrito del Instituto de Defensa Legal.

5. VI. Materias constitucionalmente relevantes

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas de la Ley 28665 debe centrarse en los siguientes temas:

- Si la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial vulnera los principios de unidad e independencia judicial.
- Si la creación de la Fiscalía Penal Militar Policial vulnera la autonomía del Ministerio Público.
- Si la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.
- Si la regulación de un Cuerpo Judicial Penal Militar Policial vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial.
- Si la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial, dispuesta por la Ley 28665, vulnera la garantía de inamovilidad.
- Si el régimen transitorio contemplado en la Ley 28665 vulnera los principios de la función jurisdiccional, la autonomía del Ministerio Público y la independencia del Consejo Nacional de la magistratura.
- Si el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley N.º 28665 vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional.
- Y, finalmente, si la exigencia de que el Consejo Nacional de la Magistratura solo podrá nombrar como jueces a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar, vulnera el derecho a la igualdad de quienes, no formando parte de este Cuerpo, poseen formación jurídico-militar.

VII. FUNDAMENTOS

§1. La jurisdicción especializada en lo militar y los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional

- 1) En primer lugar, cabe precisar que, hasta en dos pronunciamientos anteriores (Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC), el Tribunal Constitucional, en cuanto Supremo Intérprete de la Constitución, ha establecido cuáles son los alcances de los principios básicos que rigen la actividad de los órganos jurisdiccionales, incluidos los que se especializan en la materia militar, por lo que, atendiendo a las peculiaridades que presentan en este caso las disposiciones cuestionadas de la nueva ley de organización de la justicia militar, no solo se hará una remisión a esta doctrina jurisprudencial, sino que se abundará en el análisis de tales principios.

- 2) En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que ante este Colegiado se viene tramitando también la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra diferentes disposiciones de la Ley 28665 (Expediente 0006-2006-PI/TC), razón por la cual, en el presente caso, se analizarán determinados principios e instituciones relacionados con las disposiciones cuestionadas por la Fiscal de la Nación, reservando el análisis de otros principios e instituciones para el momento en que se examinen las disposiciones cuestionadas por el Colegio de Abogados de Lima.

1.1. Los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la exigencia de un estatuto jurídico único para los jueces

- 3) En la sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional, respecto del principio de unidad de la función jurisdiccional, estableció:

La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: “(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)”.¹

- 4) Sobre el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, este Colegiado ha sostenido:

(...) afecta, de un lado, al status jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.

De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse al ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139, inciso 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por “órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación” [incisos 1 y 3, artículo 139° de la Constitución].^{155[2][2]}

¹⁽¹⁾ Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 16 y 17

^{2[2]} Expediente 0017-2003-AI/TC, FFJJ 116-117

- 5) Por tanto, los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional constituyen elementos indispensables en el funcionamiento de todo órgano jurisdiccional, siendo el Poder Judicial el órgano al que por antonomasia se le ha encargado ejercer dicha función. No obstante, en reiterados pronunciamientos, entre los que destacan los recaídos en los mencionados Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, conforme se desprende del artículo 139, inciso 1, de la Constitución, una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional está constituida por la existencia de la denominada “jurisdicción especializada en lo militar”.^{156[3][3]} Cabe, por tanto, preguntarse:

¿Qué significado tiene la disposición constitucional que establece que la jurisdicción especializada en lo militar es una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional?

- 6) En primer término, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual la jurisdicción especializada en lo militar pudiera entenderse como una jurisdicción desvinculada de los principios de unidad y exclusividad de la «función jurisdiccional», es decir, que pueda ser entendida como una institución que, dada su finalidad (solamente se encarga de juzgar delitos de la función militar), pudiese establecer una organización y funciones que se encuentren desvinculadas de aquellas que son propias de todo órgano que administra justicia. El poder jurisdiccional del Estado es uno solo. En un Estado Constitucional de Derecho existe una función de control que la Norma Fundamental ha otorgado al poder jurisdiccional frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo.
- 7) De igual modo, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual el artículo 168° de la Constitución, que establece que “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”, posibilitaría que la jurisdicción militar pudiese contar con un estatuto jurídico desvinculado de los principios que rigen la función jurisdiccional, toda vez que, como es evidente, la mencionada disposición constitucional está referida exclusivamente a la «administración» militar y policial, mas no a la «jurisdicción» especializada en lo militar.
- 8) Por ello, todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional “efectiva” y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, *independiente e imparcial*, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales. Como este Colegiado ha establecido en anterior oportunidad:

el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.^{157[4][4]}

Además, a todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia le es de aplicación el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional

^{156[3][3]} Expediente 0017-2003-AI/TC, FJ 120

^{157[4][4]} Expediente 06167-2005-HC/TC FJ 7.

por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.^{158[5][5]}

- 9) En segundo lugar, teniendo en cuenta que el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial, la excepción hecha a favor de la jurisdicción especializada en lo militar puede ser entendida como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, lo que *no* implica, como ya se ha visto en los párrafos precedentes, que la jurisdicción especializada en lo penal militar pierda su naturaleza “jurisdiccional” y, como tal, se encuentre desvinculada de todos aquellos principios que rigen la función jurisdiccional. Al respecto, deben tenerse en cuenta dos aspectos de trascendental importancia. En primer lugar, por tratarse de una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse siempre de modo restrictivo y no extensivo; y, en segundo lugar, que el Legislador, al organizar la jurisdicción militar, no puede desconocer aquellos principios constitucionales propios de los órganos que administran justicia.
- 10) Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.
- 11) No se encuentra en discusión el hecho de que la jurisdicción especializada en lo militar tenga la peculiaridad de juzgar los delitos de la función militar. Sin embargo, al formar parte de un sistema judicial unitario, debe constituirse en cuanto tal con las mismas garantías procesales que posee la jurisdicción ordinaria.
- 12) Cosa distinta es distinguir cómo se organiza la función jurisdiccional del Estado. Como se ha evidenciado, esta función jurisdiccional es ejercida por el Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional, por el Jurado Nacional de Elecciones y por la jurisdicción especializada en lo militar, entre otros. En el caso de los tres primeros órganos mencionados, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica, a su vez, que *cada uno* de estos órganos deba sujetarse a un *estatuto jurídico básico y propio*, el que deberá asegurar la unidad funcional del sistema judicial, así como la *independencia judicial* y el *trato igualitario* a los jueces que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía, esto es que no podría considerarse que cada uno de estos órganos constituye una unidad cuando en su interior existan diferentes estatutos jurídicos para sus miembros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar –independientemente de que su ubicación se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial–, deberá poseer garantías procesales no menores de las que existen en la jurisdicción ordinaria, así como un *estatuto jurídico* que procure la preservación de la *autonomía judicial* y el *trato igualitario* entre sus miembros. En caso de que el Legislador decida que sus instancias no se encuentren dentro del Poder Judicial, deberá dotarse a esta jurisdicción de un estatuto jurídico único para sus miembros. En el caso que el Legislador

^{158[5][5]} Expediente 06167-2005-HC/TC FJ 8

decida establecer que tales tribunales militares, o alguno de ellos, se encuentren dentro del Poder Judicial, estos deberán someterse, en su totalidad, al estatuto jurídico único que rige a los magistrados de éste órgano constitucional.

- 13) Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- 14) Asimismo, cabe recordar, respecto del nivel de vinculación que debe existir entre el Poder Judicial y la jurisdicción especializada en lo militar, lo que este Colegiado ha sostenido en anterior oportunidad, en el sentido de que “(...) es competencia del Congreso de la República delinear, dentro de los márgenes de la Constitución y, por ende, con pleno respeto de los derechos fundamentales, la nueva estructura, organización y funcionamiento de la justicia militar, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución”. De otro lado, ha precisado que “(...) no es de su competencia establecer si el juzgamiento de los delitos de función, de acuerdo con la ley futura, deba realizarse por un tribunal militar completamente desvinculado de la jurisdicción ordinaria. La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso”^{159[6][6]}.
- 15) De otro lado, fuertemente vinculado con el principio de unidad se encuentra el mencionado *principio de exclusividad de la función jurisdiccional*. En general, conforme al primer y segundo párrafos del artículo 146 y al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, y como se desprende de lo expuesto en las aludidas sentencias de este Colegiado, este principio posee dos vertientes:
 - a) **Exclusividad judicial en su vertiente negativa:** se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* se encuentra directamente relacionada con el *principio de imparcialidad de la función jurisdiccional*, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no puedan desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no podrán desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras.

^{159[6][6]} Expediente 0023-2003-AI/TC, Resolución aclaratoria, FFJJ 3 y 6

- b) **Exclusividad judicial en su vertiente positiva:** se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente positiva, que sólo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar –ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial– podrán conocer los denominados “delitos de la función militar”.

1.2. El principio de independencia de la función jurisdiccional. La separación entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas

- 16) Tal como ya se ha mencionado, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* tiene como una de sus principales funciones garantizar la independencia de los órganos que administran justicia. Como tal, la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional, sin la cual simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Justicia.

- 17) Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [“es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa”]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada – como la militar– posibilite tal actuación.^{160[7][7]}

- 18) De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

- a) **Independencia externa.** Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad

^{160[7][7]} Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 28, 29, 31 y 33

constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente.

De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada “crítica social”, Luigi Ferrajoli ha sostenido:

Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.^{161[8][8]}

Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

- b) Independencia interna.** De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

^{161[8][8]} FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Valladolid, 1995, p.602.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el *principio de independencia judicial* prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el *principio de independencia judicial* implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros.

19. Finalmente, cabe precisar que, en general, “[e]l sometimiento del juez a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse *imparcialidad*). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse”.^{162[9][9]}

1.3. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional y la estructura de la jurisdicción especializada en lo militar

20. En la mencionada sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el *principio de imparcialidad*, estrechamente ligado al *principio de independencia funcional*, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso^{163[10][10]}. El *principio de imparcialidad* posee dos acepciones:

- a) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso. El caso de la jurisdicción especializada en lo militar constituye un supuesto especial en el que se pueden presentar serios inconvenientes para la imparcialidad. Así pues, “El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto que integrante de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y *forma mentis* a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos, tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. (...) Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte

^{162[9][9]} LOPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 45 y 46.

^{163[10][10]} Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34.

con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad”^{164[11][11]}.

- b) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

De este modo, no puede invocarse el *principio de independencia* en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: “[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”.^{165[12][12]}

21. Es importante mencionar que, si bien los principios de independencia e imparcialidad judicial constituyen componentes esenciales de la función jurisdiccional, estos poseen una doble configuración, pues también constituyen garantías para las partes procesales.

1.4. El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”

22. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo, o deducidos implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial.
23. La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que “Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión”^{166[13][13]}. Ello coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.
24. Por ello, cuando se vulneran principios como la independencia o imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho a un juez independiente e imparcial y consecuentemente, la tutela

^{164[11][11]} DOIG DÍAZ, Yolanda. “La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”. En: *La reforma del Derecho Penal Militar*. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. PUCP, pp. 57-58.

^{165[12][12]} Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984.

^{166[13][13]} Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34

jurisdiccional "efectiva". En el caso de los miembros de las fuerzas armadas y policiales militares y policiales, ellos gozan, como todo ciudadano, del derecho a que el Estado les proporcione todas las garantías que les asegure un proceso debido. En ningún caso, se puede equiparar el ámbito de la «administración militar» en el que imperan los principios de orden y disciplina, entre otros, con el ámbito de la «jurisdicción militar», en el que imperan la Constitución –que reconoce, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva"– y la ley que sea expedida conforme a ella.

Una vez analizados los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, en relación con la jurisdicción especializada en lo militar, toca ahora examinar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas.

§2. Control de constitucionalidad de fondo de las disposiciones cuestionadas

A. La regulación de los órganos de la jurisdicción militar, los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad judicial y la garantía de inamovilidad

2.1. Los principios de unidad e independencia judicial y la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Superior Penal Militar Policial

a) Los artículos 139, inciso 1, 141 y 173, de la Constitución y las competencias del Legislador en la regulación de la jurisdicción especializada en lo militar

25. Antes de analizar la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la creación y regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cabe examinar en conjunto los artículos 141 y 173, de la Constitución, con objeto de determinar su contenido constitucional en lo que se refiere a la competencia de la jurisdicción especializada en lo militar. Los mencionados artículos de la Norma Fundamental establecen lo siguiente:

Artículo 141.- Casación

“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las *limitaciones* que establece el artículo 173.” [énfasis agregado]

Artículo 173.- Competencia del Fuero Privativo Militar

“(…) La casación a que se refiere el artículo 141 *sólo* es aplicable cuando se imponga la pena de muerte” [énfasis agregado]

26. Ambos artículos, interpretados conjuntamente, establecen que la Corte Suprema de Justicia de la República conoce de las resoluciones expedidas en dos jurisdicciones: la *y militar* y la *ordinaria*. En cuanto a la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema puede fallar en casación o en última instancia, y en cuanto a la jurisdicción especializada en lo militar, la Corte Suprema puede fallar en casación cuando se trate de resoluciones en las que se haya impuesto la pena de muerte, conforme a las leyes y los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte.

27. Como se aprecia, en lo que se refiere a la jurisdicción especializada en lo militar, la Constitución ha impuesto un límite a la potestad del Legislador cuando se trate de regular esta jurisdicción: que en *materia* de casación la Corte Suprema (en tanto que jurisdicción ordinaria y expresión del poder jurisdiccional civil) revisará aquellas resoluciones en las que el poder jurisdiccional militar haya aplicado la pena de muerte. Al respecto, es menester hacer algunas precisiones:

- i) En primer lugar, que los mencionados extremos de los artículos 141° y 173° consagran una *competencia “material”* de la Corte Suprema, al otorgarle la competencia sobre una materia como es la aplicación de la pena de muerte. En otros términos, esta disposición constitucional tiene por finalidad que, en los casos de pena muerte, el poder jurisdiccional “civil” (mediante una Sala de la Corte Suprema en la que no participe ningún magistrado de la jurisdicción militar) pueda revisar lo resuelto por el poder jurisdiccional “militar”.
- ii) Lo antes expuesto no impide que el Legislador, atendiendo a su potestad de libre configuración, pueda establecer una Sala Penal Militar dentro la Corte Suprema de Justicia de la República, y que esta Sala pueda constituirse en un órgano de casación o de instancia de la jurisdicción militar, entre otras opciones. Analicemos esto con mayor detalle:
- Atendiendo a la potestad de libre configuración del Legislador y a lo estipulado por el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, que reconoce el principio de pluralidad de la instancia, el Legislador tiene la libertad de determinar las respectivas instancias de la jurisdicción militar. En efecto, no es incompatible con la Constitución que el Legislador, en el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, pueda establecer en la Corte Suprema una Sala Penal que conozca en última instancia de los delitos de la función militar.
 - Asimismo, atendiendo a la mencionada potestad de libre configuración del Legislador, éste puede establecer, como *competencia orgánica*, una Sala Penal Militar de la Corte Suprema para el conocimiento, vía recurso de casación, de lo resuelto en la jurisdicción militar. Esto último requiere, evidentemente, de la diferenciación entre la “competencia material” y la “competencia orgánica” de la Corte Suprema de Justicia de la República para conocer el recurso de casación respecto de la jurisdicción militar. En cuanto a la “competencia material”, como ya se ha adelantado, esta se desprende de una interpretación conjunta de los extremos finales de los artículos 141 y 173 de la Constitución, que señalan que la Corte Suprema conocerá en casación aquellos casos en los que se haya impuesto la pena de muerte. De este modo, se impone una revisión por parte del poder jurisdiccional “civil” respecto de la pena de muerte aplicada por el poder jurisdiccional “militar”. En cambio, en la “competencia orgánica”, el Poder Legislativo, conforme a sus atribuciones constitucionales, al diseñar la organización de la jurisdicción “militar”, le puede otorgar a la Corte Suprema, mediante una sala especializada, la competencia para conocer el recurso de casación contra las resoluciones que se expidan en la jurisdicción militar. En este caso, no se trata de la revisión “civil” de la pena de muerte aplicada por la jurisdicción “militar”, sino de la organización de esta por parte del Legislador, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales.

28. Finalmente, cabe precisar que cuando este Colegiado ha establecido que “La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso”^{167[14][14]}, no lo ha hecho en el supuesto de si debe existir, o no vinculación entre el Poder Judicial y la jurisdicción especializada en lo militar, puesto que, como ya se ha sostenido, queda claro, de una interpretación conjunta de los artículos 139.1, 141 y 173 de la Constitución, que *esta vinculación ya existe*. Lo que el Tribunal Constitucional ha destacado, atendiendo a las competencias constitucionales atribuidas del Congreso de la República, es que este, conforme a su potestad de libre configuración, regule el nivel de intensidad y alcance de la vinculación entre el Poder Judicial (mediante su Corte Suprema, por ejemplo) y la jurisdicción especializada en lo militar.

^{167[14][14]} Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, Resolución aclaratoria, FFJJ 3 y 6.

b) Análisis de constitucionalidad de las disposiciones que regulan la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial

29. Seguidamente, corresponde analizar las disposiciones que crean y regulan la Sala Suprema Penal Militar Policial y verificar si vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Las disposiciones cuestionadas al respecto son las siguientes:

Artículo 8.- Sala Suprema Penal Militar Policial

La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, *sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica.* [énfasis agregado]

Artículo 9.- Competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial

Compete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. Conocer del recurso de casación conforme a lo establecido en la Constitución. (...)
6. Dirimir las cuestiones de competencias, en relación con los delitos de función, así como los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias, corresponde actuar como Vocal ponente a cualquiera de los Vocales Supremos proveniente de la Jurisdicción Ordinaria.
7. Designar entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, al Vocal Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Instructor. (...)

Artículo 10.- Integrantes

10.1: La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial *del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial*; los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria. [énfasis agregado]

Artículo 14.- Condición de Vocal Supremo

Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República *para todos los efectos*, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1. [énfasis agregado]

Apreciaciones de la demandante

30. La demandante ha sostenido que “la unidad afirma la propiedad de todo ente, en virtud de lo cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En el caso del Poder Judicial, importa que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, el que será de tal naturaleza y características que garantice su independencia. El principio de unidad y el principio de independencia no son ajenos entre sí, están íntimamente imbricados; el primero es un elemento esencial de la independencia judicial. En tanto el Poder Judicial sea un ente orgánico, cohesionado, jerarquizado y con una sola cabeza directriz, podrá decirse que está en aptitud de ser independiente. Pero si –como hace la Ley– se introduce en él un cuerpo extraño, ajeno a su organización, el principio de unidad desaparece y se abren las puertas para minar su independencia”.

Apreciaciones del demandado

31. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la “composición de la Sala Suprema Penal Militar Policial responde a un factor de especialización con base constitucional en las funciones que corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú, lo que no quiere decir que se desconozcan cuestiones de Derecho, si se tienen en cuenta las exigencias y la formación

jurídica de los Vocales del Cuerpo Jurídico Militar Policial” y, además, que “En su condición de Vocales Supremos, resulta lógico que los Magistrados del Cuerpo Jurídico Militar Policial ya no sólo puedan, sino que deban intervenir con voz y voto en la Sala Plena de la Corte Suprema en asuntos de la jurisdicción ordinaria, más aún si se considera que la vinculación entre la Jurisdicción Militar Policial y el Poder Judicial se produce en instancia”.

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

32. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte los argumentos esgrimidos por la demandante pues, como ya se ha expuesto, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica también que órganos como el Poder Judicial deban contar con un estatuto jurídico propio y único, de modo tal que se logre preservar la independencia del juez, así como la vigencia del principio de igualdad, que en una de sus manifestaciones, implica un trato igual para los iguales. Las diferencias que pudieran existir entre los jueces dentro de su estatuto jurídico deberán encontrarse justificadas y ser proporcionales y razonables con el fin que se pretende, pues de lo contrario tal diferenciación, además de convertirse en una discriminación prohibida por la Constitución (artículo 2.2), vulneraría el principio de unidad de la función jurisdiccional (artículo 139 inciso 1).
33. De este modo, si bien no es incompatible con la Constitución el extremo del artículo 8 de la Ley 28665, en cuanto establece que la Corte Suprema de Justicia de la República cuente con una Sala Suprema Penal Militar Policial (tal como también lo dispone el artículo 1.1), la misma que se encuentra sujeta a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, sí lo es el extremo en el cual dispone que la aludida Sala Suprema se encuentre “sujeta” a lo dispuesto en la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, pues vulnera los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, además del principio de igualdad.
34. En general, puede afirmarse que el estatuto jurídico básico del Poder Judicial es precisamente su Ley Orgánica (Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS), estatuto jurídico cuya existencia no solo viene exigida por el principio de unidad de la función jurisdiccional (artículo 139.1, Const.), sino porque así lo dispone el artículo 106° de la Constitución al establecer que “Mediante *leyes orgánicas* se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución”, así como el artículo 143, cuando dispone que “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine *su ley orgánica*”. [énfasis agregado]
35. De esta manera, se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional y, consecuentemente, el principio de independencia judicial cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley 28665) que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional (la Sala Suprema Penal Militar Policial), que pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello no implica que el Legislador no pueda efectuar reformas o cambiar incluso en su totalidad la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que no deba hacer coexistir dos o más estatutos jurídicos que contengan las reglas básicas de organización y funcionamiento del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus magistrados. No podría considerarse que el Poder Judicial constituye una institución unitaria e independiente cuando en su interior existen diferentes regímenes jurídicos básicos de organización y de tratamiento de sus integrantes. En consecuencia, es inconstitucional el extremo del artículo 8 de la Ley 528665, en cuanto somete a la Sala Suprema

Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República a un régimen especial distinto a aquel establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

36. Asimismo, por idéntica razón a las expuestas en los párrafos precedentes es inconstitucional, en parte, la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley 28665, en cuanto modifica el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregando un segundo párrafo que dispone que “El trabajo jurisdiccional en materia penal militar policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya *conformación y Presidencia* se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”. [énfasis agregado]
37. Como se aprecia, mediante tal disposición se modifica el estatuto orgánico del Poder Judicial, *no* con la finalidad de establecer el modo en que debería conformarse una de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia o como debería elegirse al presidente de la referida sala, sino con objeto de establecer que tales aspectos básicos serán regulados en un estatuto jurídico especial. No se evidencian razones que justifiquen el hecho de que dentro del Poder Judicial, existan dos estatutos jurídicos distintos en cuanto a su organización básica: uno general, para regular la conformación de las salas supremas y la elección de los presidentes de las mismas; y otro especial, para regular la conformación de la Sala Penal Militar Policial y la elección de su presidente. La única diferencia existente entre una Sala Suprema Penal y una Sala Suprema Penal Militar es que esta conoce los delitos de la función militar; por lo tanto, en este aspecto no se justifica la existencia de un régimen especial dentro del Poder Judicial.
38. De igual modo, es inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria de la Ley 28665, en cuanto establece que el Poder Ejecutivo se encargará, mediante la expedición de un Decreto Supremo, de aprobar el Reglamento de la mencionada ley, pues vulnera el principio de independencia judicial, además del principio de separación de poderes.
39. Por otra parte, cabe destacar, en lo que se refiere a la conformación de la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial, que el cuestionado artículo 10 de la Ley 28665 establece que los integrantes de esta sala deberán provenir “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”. Asimismo, el artículo 12.3 de la referida ley establece que “Para postular al cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial *se requiere, necesariamente, formar parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial* y ostentar el grado de General de Brigada o equivalente”; y el artículo 14 de la misma ley dispone que el Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial que proviene del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, “adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República *para todos los efectos*”. [énfasis agregado]
40. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que los citados extremos son inconstitucionales por vulnerar los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional del Poder Judicial, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico “especial”, introducen en la Corte Suprema de Justicia de la República una sala que va a estar compuesta, en parte, por oficiales en retiro nombrados por el CNM, mediante un concurso “público” realizado sólo con los miembros provenientes de un organismo como el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, y que van a tener incluso los mismos derechos que los Vocales de la Corte Suprema, pese a que su designación es de carácter temporal.
41. No es incompatible con la Constitución que el Legislador establezca que todos los magistrados titulares de la Corte Suprema de Justicia deban tener los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidades, tal como sucede con la Ley Orgánica del

Poder Judicial; por el contrario, ello es necesario para garantizar la unidad e independencia de esta instancia del Poder Judicial, además de la igualdad en el régimen jurídico de los magistrados que la integran. Lo que es incompatible con la Constitución es que se establezcan normas como las contenidas en determinados extremos de los artículos 10, 12.3 y 14 de la Ley 28665, que, vulnerando las atribuciones del CNM, le otorguen tales derechos y obligaciones a personas que no han sido nombradas conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y cuya designación es de carácter temporal y transitoria.

42. En efecto, los artículos 150 y 154 inciso 1, de la Constitución estipulan que el Consejo Nacional de la Magistratura “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales”, y de “Nombrar, *previo concurso público de méritos* y evaluación personal, a los *jueces y fiscales de todos los niveles (...)*”. [énfasis agregado] Los cuestionados extremos de los artículos 10 y 12, desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “público” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución con los postulantes que formen parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y ostenten el grado de General de Brigada o su equivalente; es decir, que en el caso de la elección de los integrantes de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el Consejo solo podrá realizar el concurso “público” con los integrantes de una entidad como el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.
43. No se pone en tela de juicio la necesidad de que los órganos judiciales de la jurisdicción especializada en lo militar deban contar con profesionales del Derecho especialistas en la materia penal militar, sino el que se obligue al Consejo Nacional de la Magistratura a realizar un concurso “público” solo con los integrantes del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, generando una situación que limita las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, limita desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes, teniendo una formación jurídico militar idónea para desempeñar la función jurisdiccional en materia penal militar, no son miembros del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar. Es importante destacar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado, conforme a sus atribuciones constitucionales, de establecer los requisitos y condiciones que deben reunir quienes postulen a la jurisdicción especializada en lo militar, garantizando, en todo caso, que se disponga de profesionales que posean una óptima formación jurídico-militar, sin perjuicio de que, más adelante se examinen con mayor profundidad, las disposiciones relacionadas con las competencias del Consejo.
44. Asimismo, directamente relacionado con lo expuesto sobre el precitado inciso 1, del artículo 10, también es inconstitucional el inciso 2, del artículo 10, de la Ley 28665, por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional, toda vez que la elección del Presidente de la Sala Suprema Penal Militar Policial debe realizarse conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial que es precisamente el órgano constitucional al cual pertenece la mencionada Sala Suprema Penal Militar Policial.
45. Por otra parte, el Tribunal Constitucional estima que son inconstitucionales un extremo del inciso 6, y el inciso 7, del artículo 9, así como el inciso 5, del artículo 17 de la Ley 28665. En cuanto al extremo del inciso 6, que establece que la Sala Suprema Penal Militar Policial dirime las cuestiones de competencia que se susciten sobre el conocimiento de los delitos de función, este es inconstitucional porque tal asunto constituye una competencia material propia de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción militar. Si como lo establecen los artículos I del Título Preliminar, 1, inciso 1 y 8 de la Ley 28665, la mencionada Sala Suprema forma parte de la jurisdicción militar, entonces es inadmisibles que sea esta misma jurisdicción la que vaya a dirimir aquellas contiendas en las que se discuta precisamente la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los

delitos de función. Determinar la competencia en aquellos casos en los que exista duda respecto de la jurisdicción que debe conocer un delito de función es una competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, que tiene su fundamento en el principio de imparcialidad judicial, estrechamente vinculado con el principio de independencia judicial previsto en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución.

46. En concordancia con lo expuesto por el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, coincidentemente ha sostenido que “la configuración excepcional o restrictiva que hace la Constitución de la justicia castrense, determina de manera directa que la justicia ordinaria y sus órganos se conviertan o actúen como *jurisdicción atrayente* respecto de aquella. De este modo, ante dudas o conflictos entre ambos, debe prevalecer la justicia ordinaria. En esa medida, corresponde a los órganos de la justicia ordinaria dirimir los conflictos de jurisdicción con la Justicia Militar, a efectos de preservar la configuración excepcional que hace la Constitución de esta especialidad, así como las reglas de competencia generales establecidas para la justicia ordinaria. Lo contrario, es decir, que los órganos excepcionales diriman los conflictos de jurisdicción con los órganos ordinarios, supondría desconocer la excepcionalidad constitucional de la justicia castrense, toda vez que serían sus órganos los que decidirían su competencia frente a la justicia ordinaria”.^{168[15][15]}
47. En cuanto al inciso 7, del artículo 9 y al inciso 5, del artículo 17, que disponen que la Sala Suprema Penal Militar Policial es competente para designar, entre los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, al Vocal Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los Vocales de cada una de las Salas y al Vocal Instructor, ellas son inconstitucionales por vulnerar el principio de independencia judicial (dimensión interna), toda vez que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentra imposibilitada de realizar tal designación, pues al constituir un órgano de un nivel jurisdiccional superior al mencionado Consejo y tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de este, la realización de tales actos administrativos (designaciones del Presidente del Consejo Superior Militar Policial y Vocales de este Consejo) crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores. Por la misma razón, son inconstitucionales el inciso 1, del artículo 36 de la Ley 28665, y por conexión, los incisos 2 y 3 del mencionado artículo, por cuanto otorga a órganos jurisdiccionales de nivel superior la competencia para cautelar el “cumplimiento de las labores *jurisdiccionales*” de órganos de nivel inferior.
48. Finalmente, en cuanto al inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665, que otorga a la Sala Suprema Penal Militar Policial el conocimiento del recurso de casación, el Tribunal Constitucional estima que esta disposición no es inconstitucional siempre y cuando sea interpretada en el sentido de que el recurso de casación que pueda conocer esta sala no sea el relativo a la aplicación de la pena de muerte, pues, como ya se ha expuesto, ésta constituye una competencia “material” de la jurisdicción ordinaria, y no de la jurisdicción militar, debiendo ser interpretado más bien en el sentido de que el mencionado recurso de casación que pueda conocer esta sala sea aquel que pueda regular el Legislador como competencia “orgánica” de la jurisdicción militar.
49. Como se aprecia, en el caso de la disposición examinada, antes que declarar su inconstitucionalidad, este Colegiado ha realizado, conforme a su naturaleza de órgano jurisdiccional, una actividad interpretativa encaminada a identificar los diferentes sentidos interpretativos (normas) que tiene esta disposición. Ello implica que en este extremo se deba expedir una sentencia interpretativa con el fin de no expulsar del ordenamiento jurídico la disposición cuestionada. Veamos esto con mas detalle.

^{168[15][15]} Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”, p. 38.

El inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665 y la necesidad de expedir una sentencia interpretativa

50. Previamente, este Colegiado debe precisar que en todo precepto legal se debe distinguir entre los términos “disposición” y “norma”, entendiendo por el primero aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y, por el segundo el sentido interpretativo que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella.
51. Esta distinción no implica que ambos puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que, por lo menos, no albergue una norma.
52. Esta posibilidad de que el Tribunal Constitucional distinga entre “disposición” y “norma” cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad es el presupuesto básico de las denominadas *sentencias interpretativas*, cuyo fundamento, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Expediente 0010-2002-AI/TC, radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio básico de supremacía constitucional.
53. Las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad de todas aquellas normas que se desprenden de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecúan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.
54. Conforme a ello, toca ahora analizar los sentidos interpretativos (normas) que posee el inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665 (disposición). La mencionada disposición establece lo siguiente:

Artículo 9.- Competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial

Compete a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. Conocer del recurso de casación conforme a lo establecido en la Constitución.

55. Este Colegiado estima que la aludida disposición, que establece una competencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial, posee mínimamente dos sentidos interpretativos:

Norma 1: El recurso de casación que puede conocer esta sala es aquel que procede cuando se haya aplicado la pena de muerte, ámbito que constituye una competencia “material” de la jurisdicción ordinaria.

Norma 2: El recurso de casación que puede conocer esta sala es aquel que procede en el estricto ámbito de la jurisdicción militar y que haya sido regulado por el Legislador como competencia “orgánica” de esta jurisdicción.

56. Efectuado el análisis de constitucionalidad de estas dos normas (Norma 1 y Norma 2), este Colegiado estima que la Norma 1 es inconstitucional por vulnerar el extremo final del artículo 173 de la Constitución que establece como competencia material de la jurisdicción ordinaria, el conocimiento, mediante el recurso de casación, de los casos en los que se haya aplicado la pena de muerte, por lo que resultaba prohibido para el Legislador otorgar el conocimiento de estos casos a la jurisdicción militar.

57. No sucede lo mismo con la Norma 2, que este Colegiado estima compatible con la Constitución, toda vez que, dentro del ámbito propio de la jurisdicción militar, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, puede establecer como competencia “orgánica” de la Sala Suprema Penal Militar el conocimiento del recurso de casación en aquellos casos en que se trate de los delitos de la función militar.
58. Como se observa, en virtud del principio de conservación de la norma, este Colegiado ha optado por no declarar la inconstitucionalidad del inciso 1 del artículo 9 de la Ley 28665, de modo tal que esta tendrá vigencia en la medida en que se interprete conforme a la mencionada Norma 2, mas no cuando se interprete según a la Norma 1.
- c) El Consejo Superior Penal Militar Policial, el conocimiento de los procesos constitucionales y las funciones de naturaleza administrativa**
59. Corresponde ahora analizar, en primer lugar, la constitucionalidad del inciso 7 del artículo 15 de la Ley 28865, que establece lo siguiente:

Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial

15.7 Conoce de las acciones de garantía establecidas en el Código Procesal Constitucional.

60. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 15, inciso 7, de la Ley 28665 es inconstitucional por vulnerar el artículo 173 de la Constitución que, como ya se ha mencionado, establece el ámbito de competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar. En efecto, la referida disposición constitucional ha establecido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar, por lo que el Legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluidos, claro está, los procesos constitucionales en los que se verifica la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data) y el control de las leyes o normas de rango legal (procesos de inconstitucionalidad de acción popular), o el conflicto entre poderes del Estado o entre órganos constitucionales (proceso competencial), cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional.
61. De otro lado, corresponde ahora examinar determinadas disposiciones que establecen competencias administrativas del Consejo Superior Militar Policial. En cuanto al cuestionamiento del artículo 15, inciso 3, de la Ley 28665, que establece que el Consejo Superior Penal Militar Policial “Organiza a través de la Gerencia Administrativa, los aspectos administrativos, presupuestales y económicos financieros, que faciliten la gestión de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, este Colegiado estima que no vulnera los principios de unidad e independencia judicial, toda vez que tales funciones administrativas son realizadas por la propia organización judicial y no por el Poder Ejecutivo, además de no resultar desproporcionadas e irrazonables.
62. Por la misma razón, no son inconstitucionales el artículo 15, inciso 4, en cuanto dispone que el Consejo Superior Penal Militar Policial aprueba la organización territorial de las salas y el artículo 80, que crea una gerencia administrativa para el ejercicio de determinadas funciones administrativas atribuidas al mencionado Consejo.
63. No sucede lo mismo en el caso del primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28665, que establece que la jurisdicción especializada en materia penal militar policial constituye pliego presupuestal adscrito al sector Poder Judicial y que el titular de este pliego es el Presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, por vulnerar

los principios de unidad e independencia de la función jurisdiccional, toda vez que si bien el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar Policial dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República – independiente del ámbito de competencia del Consejo Superior Militar Policial– entonces esta Sala Suprema no puede encontrarse supeditada, en materia de presupuesto, a lo que disponga el mencionado Consejo Superior. Al encontrarse dentro del Poder Judicial, la Sala Suprema Penal Militar Policial debe encontrarse sometida a las normas básicas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28665 son inconstitucionales.

2.2. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar

64. Así también, la demandante ha sostenido que los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional también son vulnerados por las siguientes disposiciones, entre otras:

16.1 El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente *en situación de actividad*, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen. (...) [énfasis agregado]

Apreciaciones de la demandante

65. La demandante sostiene que las disposiciones cuestionadas establecen que los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial se encuentran en situación de actividad mientras ocupan el cargo de jueces y vocales. Señala que al seguir en situación de actividad los miembros de las instituciones castrenses respetan principios como los de obediencia, jerarquía y autoridad, los cuales resultan incompatibles con las disposiciones constitucionales que establecen los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

Apreciaciones del demandado

66. Al respecto, el demandado arguye, en primer lugar, que al ser la jurisdicción especializada en lo penal militar policial totalmente ajena a la del Poder Judicial, no puede vulnerar los principios de independencia e imparcialidad. Asimismo, aduce que el Cuerpo Judicial Militar Policial está conformado por militares y policías en actividad, pero que no son oficiales de armas, es decir de carrera, sino que se trata de miembros de las instituciones castrenses con formación jurídica y militar.

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

67. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, en la que precisó que “(...) el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por ‘oficiales en actividad’, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (...). El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la

libertad, exige, pues, que este sea realizado por jueces en los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo”.^{169[16][16]}

68. A lo antes expuesto por este Colegiado, cabe agregar las siguientes consideraciones:

➤ A fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, el juez militar no puede desempeñarse, *a la vez*, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico), toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo.

➤ No se trata, en este caso, de negar la legítima aspiración de un oficial en actividad a formar parte de la función jurisdiccional del Estado, en la especialidad militar, sino más bien de una exigencia según la cual para que un oficial-abogado pueda desempeñarse como juez militar, debe desvincularse *completamente* del servicio militar, así como de los derechos y beneficios que posee dentro de la administración militar o policial. En efecto, no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es independiente e imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional (como lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665), o que se establezcan disposiciones como la contenida dentro de la Segunda Disposición Transitoria de la aludida ley: “Los oficiales designados temporalmente para desempeñar funciones en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *pueden presentarse al proceso de ascenso al grado inmediato superior de su respectiva institución* y de obtenerlo, deben continuar desempeñando la misma función para la que fueron designados temporalmente” [resaltado agregado], disposición que es similar en el caso de los fiscales (Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665). Simplemente, estas disposiciones atentan contra la independencia e imparcialidad de las que debe estar investido todo juez de la República. Para evitar tales atentados a la independencia e imparcialidad, se exige que todos los jueces, independientemente de su especialidad (penal, penal militar, civil, comercial, etc.), deban gozar de un estatuto jurídico único que les otorgue similares derechos y obligaciones (remuneraciones, beneficios sociales y asistenciales, entre otros) a quienes se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.

➤ A diferencia de los órganos de la «administración militar», los órganos de la «jurisdicción militar» no pueden orientarse, entre otros, por los principios de obediencia y subordinación. En efecto, la «*administración militar*» tiene una importante misión constitucional que se ve reflejada en el artículo 165 de la Constitución que establece que las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”, para cuyo cumplimiento se requiere de un indispensable sistema disciplinario que impone la obediencia y subordinación de los efectivos militares de nivel inferior respecto de los efectivos militares de nivel superior, de modo tal que se pueda conseguir la máxima eficacia en la consecución de tales fines constitucionales. Precisamente el cumplimiento eficaz de estos fines puede justificar que los efectivos militares de nivel inferior vean limitados determinados derechos fundamentales en un caso concreto (libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, etc.), no pudiendo actuar autónomamente sino en función de las órdenes legítimas que un efectivo militar de nivel superior le pueda impartir.

Esta situación es sustancialmente distinta en el caso de la «*jurisdicción militar*», que no está orientada hacia cumplimiento de los fines antes mencionados, sino más bien a administrar justicia, al igual como todo órgano de naturaleza jurisdiccional, sólo que en un ámbito específico como es el juzgamiento de los delitos de la función militar. Entre un juez penal militar de primera instancia y un juez penal militar de segunda instancia no existe subordinación y dependencia, pues ambos se encuentran protegidos mediante la garantía

^{169[16][16]} Expediente 0023-2003-AI/TC FFJJ 42 y 44.

institucional de la independencia judicial (artículo 146, inciso 1, de la Constitución), pudiendo revisar uno lo resuelto por el otro sólo cuando medie un medio impugnatorio. Un juez especializado en lo penal militar no tiene como fin garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (fin propio de la administración militar), sino más bien administrar justicia en los casos de delitos de la función militar, mediante procesos dotados de todas las garantías que componen la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

➤ Por ello, si se entiende que la situación de actividad implica que el respectivo oficial se encuentre dentro del servicio militar y este servicio a su vez se encuentra regulado en la respectiva normativa de la «administración militar» que forma parte del Poder Ejecutivo, entonces no existirá independencia ni imparcialidad de la «jurisdicción militar» si los jueces que pertenecen a esta poseen vínculos de dependencia respecto de un poder del Estado como es el Poder Ejecutivo. ¿Qué independencia e imparcialidad se podría asegurar a los propios efectivos militares que puedan ser procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense? La respuesta es obvia, ninguna.

69. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional estima que los artículos 16, inciso 1, 24, inciso 2, 31 y la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley N.º 28665 son inconstitucionales por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.
70. Sobre el particular, es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, lo siguiente:

La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean *militares en servicio activo*; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. *Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.* [énfasis agregado]

Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”.^{170[17][17]}

71. De otro lado, también es inconstitucional por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional la siguiente disposición de la Ley 28665: a) artículo 33.2, que establece que “Expedida la resolución de nombramiento y entregado el título oficial por el Consejo Nacional de la Magistratura, corresponde al Ministerio de Defensa o al Ministerio del Interior, previa inscripción de la resolución y título oficial en el registro de la Institución respectiva, expedir la resolución que acredita la obtención del grado militar o policial, con la entrega del despacho otorgado a nombre de la Nación. En los casos de ascensos al grado de General de Brigada o equivalente se observa lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 172 de la Constitución”; pues esta disposición atribuye a los Ministerios de Defensa e Interior (Poder Ejecutivo) funciones que condicionan el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces especializados en lo penal militar. En efecto, una vez nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, los jueces especializados en lo penal

^{170[17][17]} Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párrafos 155 y 156.

militar no pueden supeditar su labor a que un órgano del Poder Ejecutivo les entregue su despacho o realice la inscripción de su título en una institución castrense, y más grave aún, en el caso del último extremo de la disposición cuestionada, la función jurisdiccional no puede encontrarse condicionada a que el Presidente la República sea quien otorgue los ascensos a los oficiales (Generales de Brigada) que se vayan a desempeñar en las máximas instancias de la jurisdicción especializada en lo militar.

En directa relación con lo expuesto en los párrafos precedentes, toca ahora examinar las disposiciones que regulan el denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, y verificar si vulneran principios básicos de la función jurisdiccional, tales como los de independencia e imparcialidad.

2.3. Los principios de independencia e imparcialidad judicial y el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

72. Por conexión con las disposiciones cuestionadas en el punto anterior, cabe analizar los siguientes artículos, los cuales regulan el funcionamiento del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial:

Segunda Disposición Transitoria

(...) Los integrantes de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora deben ser designados e instalarse dentro de los cinco (5) días naturales de publicada la presente Ley; debiendo en un plazo máximo de veinticinco (25) días naturales de instalada designar temporalmente a los tres (3) Vocales Supremos jurídico militar o policial que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. Los Vocales Supremos designados temporalmente, deben, en lo posible, haber prestado servicios en diferentes Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

(...) la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días naturales para señalar los requisitos, evaluar y *designar* temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más, a los Vocales Superiores, luego de lo cual tiene un plazo máximo de sesenta (60) días naturales para evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más a Vocales Territoriales, Jueces Penales Militares Policiales, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, entre los oficiales en *situación de actividad* provenientes de los *Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Instituciones de las Fuerzas Armadas y/o Policía Nacional*. [énfasis agregado]

Artículo 81.- Cuerpo Judicial Penal Militar Policial

81.1 El Cuerpo Judicial Penal Militar Policial está constituido por todos los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales con formación jurídico-militar policial, que cumplen funciones en cada instancia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; dependiendo, jurisdiccionalmente, de la Sala Suprema Penal Militar Policial (...).

Artículo 33.- Requisito para el nombramiento jurisdiccional y otorgamiento de despacho

33.1 Previo concurso público de méritos y evaluación personal, *sólo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial* pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. [énfasis agregado]

73. De las mencionadas disposiciones cuestionadas se desprenden claramente dos aspectos iniciales. El primero, que existen dos organismos que con denominaciones parecidas cumplen funciones distintas y forman parte de diferentes instituciones. Así, por un lado, el Cuerpo o Servicio Jurídico que agrupa a los abogados que se han incorporado a las fuerzas armadas y policiales para cumplir determinadas funciones, y que pertenece al Poder Ejecutivo (Ministerio de Defensa o Ministerio del Interior, según sea el caso); y, por otro lado, el

denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, que agrupa a aquellos “jueces” que desempeñan su función en la jurisdicción militar.

74. El segundo, que tales organismos poseen una naturaleza que podría denominarse asociativa, toda vez que son creados precisamente para agrupar o asociar a un conjunto de personas que desempeñan una misma profesión o una misma función. En el caso del Cuerpo o Servicio Jurídico, para asesorar, orientar o coadyuvar, entre otras actividades, en las funciones propias de la administración castrense. En el caso del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, para agrupar o asociar a los jueces militares, sin que ello pueda significar la atribución a este cuerpo de funciones de naturaleza jurisdiccional, pues, como ya se ha mencionado, solo tienen una naturaleza asociativa. Quienes administran justicia en el ámbito militar son los jueces militares, y no organismos como el Cuerpo Judicial que sólo los agrupa. Veamos esto con mayor detenimiento.
75. La existencia de un *Cuerpo o Servicio jurídico* dentro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú constituye una potestad dejada al libre arbitrio del Legislador, el cual, con objeto de optimizar el cumplimiento de los fines constitucionales de tales instituciones, puede establecer al interior de la organización de la «administración militar» un órgano como el Cuerpo o Servicio Jurídico, compuesto por militares-abogados o policías-abogados y, además, orientado por valores militares, tales como la obediencia y la subordinación. El establecimiento de los requisitos para el acceso a este ente administrativo, las funciones administrativas de sus integrantes, y los beneficios y derechos que les corresponden, entre otros, constituyen igualmente potestades del Poder Legislativo. Queda claro, entonces, que no son incompatibles con la Constitución aquellas disposiciones legislativas que, *dentro de la respectiva ley que regule las funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional* (Poder Ejecutivo), establezca un órgano *administrativo*, como lo es el Cuerpo o Servicio Jurídico-Militar.
76. El problema, a juicio de este Colegiado, no es que exista, o no, dentro de la organización de la jurisdicción militar un órgano denominado *Cuerpo Judicial Penal Militar Policial*, que agrupe a los magistrados de la jurisdicción especializada en lo militar, sino: a) quiénes lo conformen, y b) qué rol desempeña con relación a la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, básicamente en lo que se refiere a la inexistencia dentro de este organismo de valores militares como los de obediencia y subordinación entre los jueces, los que, como se ha visto en el punto anterior, son propios de la administración militar, y no de la jurisdicción militar.
77. En cuanto al punto a, conforme se observa en los ya examinados artículos 16.1, 24.2, y 31 de la Ley 28665, así como en el mencionado artículo 81 de la misma ley, el Cuerpo Judicial Penal se compone de oficiales en situación de actividad, lo que implica su vinculación con las leyes que regulan el funcionamiento de los institutos armados y policiales para incorporar a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, tal como se evidencia, además, de la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

CUARTA.- Beneficios asistenciales

Los oficiales de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que sean designados temporalmente, los nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura y los designados como auxiliares jurisdiccionales, para desempeñar labores en o ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, conservan al igual que sus beneficiarios, para todos sus efectos, los beneficios asistenciales relativos a salud, educación, vivienda y bienestar, que reciben de sus respectivas Instituciones Armadas o Policía Nacional.

78. En cuanto al punto b, vinculado al anterior, se evidencia cómo el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, diseñado por la Ley 28665, pretende servir como instrumento para nombrar como jueces (poder jurisdiccional) a miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (poder ejecutivo), mediante un inconstitucional organismo denominado Junta Transitoria, Calificadora y Designadora. En efecto, hasta en tres pasos se aprecia el modo en que los

oficiales en actividad de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria –y no por el CNM–, van a convertirse en vocales y jueces “titulares” de la jurisdicción militar. Veamos cómo se estructuran estos pasos:

- Primer paso: En un régimen transitorio, una “Junta Transitoria, Calificadora y Designadora” designa como vocales y jueces militares a los oficiales en situación de actividad que son miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, salvo el caso de los tres vocales supremos con formación jurídico-militar que deben encontrarse en situación de retiro (Segunda Disposición Transitoria).
- Segundo paso: En un régimen permanente, los vocales y jueces designados por la mencionada Junta Transitoria forman el Cuerpo Judicial Penal Militar, el cual depende “jurisdiccionalmente” de la Sala Suprema Penal Militar Policial (artículo 81, inciso 1).
- Tercer paso: En un régimen permanente, el Consejo Nacional de la Magistratura sólo puede nombrar como jueces y fiscales a los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar (que no son sino los miembros de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, designados por una Junta Transitoria, y no por el CNM).

79. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que la Segunda Disposición Transitoria, el artículo 81, inciso 1, y el artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665, así como el cuarto párrafo del artículo XII de la misma ley, son inconstitucionales por vulnerar los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además de las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, porque, en conjunto, tienen como finalidad que un organismo como el Cuerpo Judicial Penal Militar sirva para introducir en el poder jurisdiccional del Estado a personas designadas por una inconstitucional Junta Transitoria.

80. Por la misma razón, son inconstitucionales determinados extremos del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, por cuanto establecen que el Cuerpo Judicial Penal está integrado por “*Los Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad* que se desempeñan como Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, de la ley cuestionada [énfasis agregado] así como, por conexión, el inciso 3, del artículo 81.

2.4. La garantía de inamovilidad y el principio de unidad judicial, respecto de la creación, reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial

81. Al respecto, la demandante alega que la garantía de inamovilidad judicial ha sido vulnerada por los artículos 15, 23 y 28, entre otros, que establecen las siguientes disposiciones:

Artículo 15.- Consejo Superior Penal Militar Policial

15.5 Crea, reduce, suprime o traslada las sedes de los órganos jurisdiccionales, a su iniciativa o atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional a través del Poder Ejecutivo.

Artículo 23.- Creación de Consejos Territoriales Penales Militares Policiales

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales, atendiendo

a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, y previa solicitud del Poder Ejecutivo.

Artículo 28.- Creación y jurisdicción de los Juzgados Penales Militares Policiales

El Consejo Superior Penal Militar Policial crea, reduce, suprime, traslada sedes y determina la demarcación geográfica de los Juzgados Penales Militares Policiales, atendiendo a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y previa solicitud del Poder Ejecutivo.

Apreciaciones de la demandante

82. La demandante aduce que la creación, reducción y supresión de las sedes de los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción militar, así como su ubicación geográfica, ha sido considerada por la ley cuestionada como competencia exclusiva del Consejo Superior Penal Militar Policial, lo cual, en su opinión, vulnera el principio de unidad y autonomía del Poder Judicial, toda vez que no permite a este, la participación en las decisiones sobre tales aspectos, la cual resulta relevante para una correcta administración de justicia.

Apreciaciones del demandado

83. Al respecto, el demandado arguye que no puede desconocerse el carácter especial que poseen las instituciones militares y las personas que las conforman, toda vez que estas, cuando se desempeñan como oficiales en situación de actividad, deben cumplir los deberes que la Constitución les ha conferido, tales como la preservación de la integridad de la Nación y la protección de la Seguridad Nacional. Para tales efectos y en razón de la naturaleza de cada caso, los militares y policías que se encuentren en situación de actividad deben ser enviados a diversas zonas lejanas, lo cual justifica la creación de Consejos Territoriales no permanentes, así como la movilización de sus integrantes.

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

84. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático”. Está referida, básicamente, a la prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. “Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías ‘temporales’ de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente. Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas”.^{171[18][18]}
85. Asimismo, sostuvo que “Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales”. Por ello, “en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia a adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia,

^{171[18][18]} Expediente 0023-2003-AI/TC FJ 35

delimitándola como jurisdicción especializada y, en algunos casos, restringiéndola a tiempos de guerra. Las garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra”.^{172[19][19]}

86. En consecuencia, teniendo en cuenta el ámbito protegido por esta garantía y que la principal actividad de la jurisdicción especializada en lo militar se realiza en *tiempos de paz*, entonces no se justifica la existencia de disposiciones como las aquí cuestionadas que permitan, en todos los casos, la reducción, supresión o traslado de las sedes de los órganos jurisdiccionales, a pedido de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú (Poder Ejecutivo). Por otra parte, en lo que se refiere al supuesto contemplado en el artículo 137°, inciso 1), de la Constitución, no es ajeno a este Colegiado el hecho de que existen determinadas zonas geográficas del país que han sido declaradas en Estado de Emergencia debido a que sufren graves perturbaciones de la paz y del orden interno, lo cual evidentemente exige la movilidad de las respectivas autoridades judiciales militares. Sin embargo, este hecho no justifica la existencia de disposiciones que permitan que la totalidad de órganos de la jurisdicción militar puedan ser objeto de traslado, reducción o supresión a petición del Poder Ejecutivo.
87. A efectos de tutelar la independencia e imparcialidad de los jueces militares y evitar que puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ellos se les debe garantizar la inamovilidad en sus cargos. Si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva y que tal declaratoria de emergencia implique a su vez una petición por parte del Poder Ejecutivo a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que se realice tal traslado (solicitud que debe ser atendida con la celeridad y urgencia del caso), ello no autoriza a que disposiciones como las aquí cuestionadas permitan que “todos” los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse, conforme a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.
88. Por tanto, los artículos 15, inciso 5, 23 y 28 de la Ley 28665 son inconstitucionales por vulnerar la garantía de inamovilidad judicial.

2.5. El principio de unidad de la función jurisdiccional y el sistema de control disciplinario “especial” de la Ley 28665

89. La demandante también ha cuestionado los incisos 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

Artículo 5.- Sanción disciplinaria

5.1 Los Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, en el desempeño de sus funciones, y respecto de su conducta funcional e idoneidad, se encuentran sujetos a investigación por la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

5.2 Para los efectos de lo señalado en el párrafo anterior, créase la Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, cuyos integrantes son designados por la Sala Suprema Penal Militar Policial, tanto en la Oficina Central como en las Oficinas Desconcentradas, entre Oficiales jurídicos militares policiales en situación militar o policial de retiro con experiencia en labor jurisdiccional. La designación es a dedicación exclusiva y por un plazo improrrogable de tres (3) años.

^{172[19][19]} Expediente 0023-2003-AI/TC FFJJ 36 y 37

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

SÉTIMA.- Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es el órgano que tiene por función investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Esta facultad no excluye la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer de los procesos en grado.

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial es presidida por un Oficial jurídico militar o policial, con experiencia jurisdiccional, con el grado de General de Brigada o equivalente, en situación militar o policial de retiro designado por la Sala Suprema Penal Militar Policial. La función es a dedicación exclusiva (...)

La Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial está constituida por una Oficina Central con sede en Lima, cuya competencia abarca todo el territorio de la República.

La Sala Suprema Penal Militar Policial crea las Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial y fija sus integrantes, ámbito de competencia, así como sus facultades de sanción.

Apreciaciones de la demandante

90. La demandante aduce que la ley cuestionada crea una Oficina de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, la cual se encarga de hacer efectivas las responsabilidades funcionales de los vocales, jueces y personal auxiliar de la jurisdicción especial en materia penal militar policial. Al respecto, sostiene que las respectivas disposiciones vulneran el principio de autonomía del Poder Judicial, toda vez que la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial es el ente encargado del seguimiento de los jueces vocales y personal auxiliar del Poder Judicial.

Apreciaciones del demandado

91. Al respecto, el demandado aduce que el control de los jueces no es único y tampoco está previsto en la Constitución como una potestad exclusiva del Poder Judicial. Alega que la función de control está a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, lo cual no permite que el Poder Judicial estructure un sistema disciplinario de control. Asimismo, establece que en la medida en que el Poder Judicial no controla al Tribunal Constitucional ni al Jurado Nacional de Elecciones, entonces no podría controlar a la jurisdicción militar, que, por disposición constitucional es independiente.

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

92. Sobre el particular, este Colegiado debe reiterar lo expuesto respecto del principio de unidad de la función jurisdiccional, según el cual el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que cada uno de sus órganos deben poseer no sólo similares garantías y reglas básicas de organización y funcionamiento, sino también un mismo régimen disciplinario. En ese sentido, si el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha optado por crear una Sala Suprema Penal Militar dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, entonces esta Sala debe someterse al régimen disciplinario existente dentro del Poder Judicial y no como ha establecido la disposición cuestionada, que permite la coexistencia de dos regímenes disciplinarios dentro del Poder Judicial; uno para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, y otro para el resto de órganos jurisdiccionales de este Poder del Estado. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que los incisos 1 y 2 del

artículo 5, así como la Séptima Disposición Complementaria de la Ley 28665 son inconstitucionales por crear un régimen disciplinario especial dentro del Poder Judicial para los miembros de la Sala Suprema Penal Militar Policial, vulnerando el principio de unidad de la función jurisdiccional.

93. En el caso de las instancias inferiores de la jurisdicción militar, no existe prohibición constitucional para que el Legislador pueda crear un régimen disciplinario especial, debiendo tomarse en consideración, en todos los casos, que el artículo 154, inciso 3 de la Constitución establece como una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura la aplicación de la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos, así como a los jueces y fiscales de todas las instancias, por lo que la regulación del régimen disciplinario de las instancias de la jurisdicción militar debe asemejarse, en lo posible, al régimen estatuido para el caso del Poder Judicial.
94. Asimismo, las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de independencia judicial (dimensión interna), por cuanto establecen que la Sala Suprema Penal Militar Policial es competente para designar a los miembros de las Oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, toda vez que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentra imposibilitada de la realización de tales actos administrativos (designaciones de los miembros de las Oficinas Desconcentradas de Control que precisamente son los que controlan a los juzgadores de los Consejos y Juzgados) pues al constituirse en un órgano de un nivel jurisdiccional superior al Consejo Superior Militar Policial, a los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y a los Juzgados Penales Militares Policiales, y, en consecuencia, tener el poder de revisar las decisiones jurisdiccionales de ellos, crea un vínculo de dependencia respecto de tales órganos jurisdiccionales inferiores.

B. La garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público y la creación de la “Fiscalía Penal Militar Policial”

95. El demandante ha cuestionado los artículos 55, incisos 1 y 2, 56, inciso 2, y 82° inciso 1, de la Ley 28665 que establecen lo siguiente:

Artículo 49.- Fiscales Penales Militares Policiales y Ministerio Público

49.2 Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público, *se encuentran sujetos a sus órganos de control, conforme a la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público y a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*[énfasis agregado]

Artículo 53.- Órganos de gestión del Ministerio Público

Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público, *con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica.*[énfasis agregado]

Artículo 55.- Nombramiento y ejercicio funcional

55.1 Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo *concurso público* de méritos y evaluación personal, *entre los Fiscales Penales Militares Policiales*, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita. [énfasis agregado]

55.2 Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico-militar policial e *integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.* [énfasis agregado]

Artículo 56.- Funciones

56.2 Las facultades para ejercer las funciones [del Fiscal Supremo Penal Militar Policial] pueden *excepcional y temporalmente* ser asumidas por el Fiscal de la Nación_[énfasis agregado]

Artículo 82.- Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial

82.1 El Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial está constituido por todos los Oficiales Fiscales con formación jurídico-militar policial que conforman la *Fiscalía Penal Militar Policial*, y que cumplen funciones ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, *dependiendo el mismo funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial*. Sus integrantes se encuentran comprendidos en los alcances del ámbito de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, a través de los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en su ámbito. [énfasis agregado]

Apreciaciones de la demandante

96. La demandante ha sostenido que de las disposiciones antes mencionadas se concluye que los Fiscales Penales Militares Policiales “administrativa, funcional y orgánicamente dependen en línea directa de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial y no como sucede con los Fiscales del Ministerio Público, quienes se encuentran directamente bajo la autoridad de los órganos de línea correspondientes a la función fiscal del Ministerio Público. Así, tenemos que al interior del Ministerio Público existen dos grupos de Fiscales; unos que están jerárquicamente sometidos a la autoridad del Fiscal de la Nación, y otros que, a pesar de formar parte de él, son, efectivamente, ajenos a sus autoridad. (...) No existe real autonomía ahí donde la autoridad se ejerce parcialmente, sustrayéndose de ella determinados ámbitos, como es en este caso el denominado Cuerpo Fiscal Militar Policial, que sin embargo, nominalmente forman parte de él”.

Apreciaciones del demandado

97. El representante del demandado ha sostenido que las diferentes disposiciones de la Ley 28665 no vulneran la autonomía del Ministerio Público, pues “lejos de vulnerar dicha autonomía, ha dispuesto un diseño de organización de los fiscales penales militares policiales, de modo que puedan desempeñar sus funciones eficientemente”, y además, que no puede ser incongruente que los fiscales militares policiales administrativa, económica y orgánicamente dependan en línea directa de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial, precisamente por el criterio de especialidad. No se trata de desconocer la autoridad del Fiscal de la Nación, sino de superponer fines del Estado que la misma Constitución ha instituido al establecer la independencia de la jurisdicción militar”.
98. Asimismo, aduce que “debe tenerse en cuenta que los miembros de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, con lo que se supera el cuestionamiento respecto de su independencia”.

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

99. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte las apreciaciones de la demandante, estimando que las disposiciones cuestionadas vulneran los artículos 158 y 159 de la Constitución, que consagran la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público.
100. Al respecto, cabe precisar, en primer término, que la *autonomía*, en abstracto, puede entenderse como “(...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de

los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses”.^{173[20][20]}

100. A su vez, la *garantía institucional* permite proteger a determinadas instituciones a las que se considera componentes esenciales del ordenamiento jurídico y cuya preservación es indispensable para asegurar la efectiva vigencia de los principios constitucionales. Sobre la garantía institucional el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta aparece como una “(...) fijación constitucional dotada –reconociblemente– de una eficacia reforzada (...) con una función fundamental y propia de ordenación de la comunidad constituida (...)”.^{174[21][21]}
101. De este modo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 158 de la Constitución, la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público tiene por finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano constitucional, de modo tal que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le ha encomendado la Norma Fundamental, evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean estas públicas o privadas. Para garantizar esta libertad de actuación es preciso, entre otras cosas, que el Ministerio Público, en tanto que órgano constitucional autónomo, pueda contar con un *estatuto jurídico básico* que regule los derechos, obligaciones, incompatibilidades y beneficios de los fiscales, entre otros, de manera que se pueda preservar la *imparcialidad* en el desempeño de la función fiscal, así como el *tratamiento igualitario* a los fiscales que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.
102. En efecto, el estatuto jurídico básico del Ministerio Público es precisamente su Ley Orgánica (Decreto Legislativo 052), estatuto jurídico que no solo viene exigido por la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público (artículo 158 Const.), sino también porque así lo dispone el artículo 106 de la Norma Fundamental al establecer que “Mediante *leyes orgánicas* se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución”. [énfasis agregado]
103. Por ello, en lo que se refiere a los extremos de las disposiciones cuestionadas, el Tribunal Constitucional estima que son inconstitucionales por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, el principio de igualdad, así como las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que, además de encontrarse establecidos en un estatuto jurídico “especial”, introducen en el Ministerio Público una *Fiscalía Penal Militar Policial* compuesta de oficiales que provienen de un organismo como el denominado *Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial*, que no han sido elegidos conforme a los preceptos de la Norma Fundamental y no dependen de los órganos de gestión del Ministerio Público, siendo además que estos extremos otorgan un tratamiento diferenciado a fiscales que se encuentran en el mismo nivel y jerarquía.
104. En efecto, es incompatible con la Constitución el establecimiento de normas como las dispuestas en los incisos 1 y 2 del artículo 55 de la Ley 28665 que, vulnerando las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, introducen en el Ministerio Público a funcionarios que no han sido nombrados conforme a los preceptos de la Norma Fundamental.
105. Como ya se ha mencionado en el caso del Poder Judicial, los artículos 150 y 154, inciso 1, de la Constitución estipulan que el Consejo Nacional de la Magistratura “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales”, y de “Nombrar, previo *concurso público* de méritos y evaluación personal, a los jueces y *fiscales de todos los niveles* (...)”. [énfasis agregado] Los cuestionados extremos de los incisos 1, y 2, del artículo 55, desnaturalizan las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que este solo podrá realizar el concurso “público” de méritos y la evaluación personal exigidos por la Constitución, con quienes formen parte del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial; es decir, que el denominado “concurso público” no será precisamente

^{173[20][20]} MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 9.ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976. pp.823.

^{174[21][21]} Expediente N.º 0005-2004-AI/TC FJ 11.

público, pues se realizará solo con los integrantes de una entidad como el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial.

106. No se pone en tela de juicio la necesidad de que determinados órganos del Ministerio Público deban contar con profesionales del Derecho especialistas en la materia penal militar, sino el que se abrigue al Consejo Nacional de la Magistratura a realizar un concurso “público” sólo con los integrantes de un organismo como el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial, limitando con ello las funciones del mencionado órgano constitucional y, además, restringiendo desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de derechos fundamentales (como el de igualdad en el acceso a los cargos públicos o la libertad de trabajo) de quienes teniendo una formación jurídico militar idónea para desempeñar la función fiscal en materia penal militar no son miembros del denominado *Cuerpo Judicial Penal Militar*. Es importante destacar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado, conforme a sus atribuciones constitucionales, de establecer los requisitos y condiciones que deben reunir quienes postulen a la función fiscal, garantizando, en todo caso, que se cuente con profesionales que posean una óptima formación jurídico militar. En todo caso, más adelante se examinará con mayor amplitud las disposiciones relacionadas con las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura.
107. Del mismo modo, son inconstitucionales determinados extremos de los artículos 49, inciso 2, 53, así como los artículos 56.2 y 82, inciso 1, y el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, y, por conexión, el artículo 56, inciso 1, apartado 8, de la misma ley, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, toda vez que establecen, dentro de este órgano constitucional, una *Fiscalía Penal Militar Policial* compuesta, entre otros, de un Fiscal Supremo Penal Militar Policial, el que se constituye en la autoridad de esta nueva “fiscalía”. En suma, se crea una entidad (la fiscalía penal militar) al interior del Ministerio Público, que resulta independiente y autónoma respecto de este órgano constitucional, implantando una organización especial e incluso un sistema disciplinario especial, lo que no hace sino evidenciar la fractura de la autonomía de un órgano unitario como lo es el Ministerio Público, respecto del cual la Constitución no ha establecido excepción alguna para el caso de la especialidad militar como sucede en el caso del Poder Judicial. Asimismo, el mencionado artículo 56, inciso 2 llega al extremo de disponer que solo de modo excepcional y temporalmente las funciones del referido Fiscal Supremo Penal Militar Policial podrán ser asumidas por la Fiscalía de la Nación.
108. Las mencionadas disposiciones no solo vulneran la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, sino también el extremo del artículo 158, que establece que el Fiscal de la Nación es quien preside el Ministerio Público, por lo que el Legislador no puede disponer que un determinado grupo de fiscales tenga como órgano que los preside a uno distinto a la Fiscalía de la Nación. Por la misma razón es inconstitucional el artículo 82, inciso 1, de la Ley 28665, por ordenar que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial.
109. Asimismo, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional el artículo XII del Título Preliminar de la Ley 28665, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, toda vez que establece que Oficiales Fiscales en situación militar o policial de retiro puedan desempeñarse “como Fiscal Supremo Penal Militar Policial *en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público*” [énfasis agregado], posibilitando que tales funcionarios, seleccionados mediante un sistema de elección incompatible con la Constitución, puedan participar en el gobierno de un órgano constitucionalmente autónomo como el Ministerio Público. Simplemente, tal disposición resulta inadmisibles en un Estado

Constitucional de Derecho, en el que la Constitución contiene mandatos que deben ser observados principalmente por los poderes públicos y en el que el Ministerio Público se configura como una institución autónoma que se encarga, además de la persecución del delito, de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

110. También es inconstitucional el artículo 82, inciso 2, de la Ley 28665, por vulnerar la garantía institucional del Ministerio Público, toda vez que establece un requisito (poseer el grado militar o policial de Mayor o equivalente) que supedita el acceso de quienes aspiran a la función fiscal en la especialidad penal militar.
111. De igual modo, por vulnerar la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público son inconstitucionales los artículos 49, inciso 1, 55, inciso 1, 57, inciso 3, 58, incisos 3 y 4, 59, inciso 2, 60, inciso 1, 61, inciso 2, 62, inciso 1, 63, inciso 2, y 82, inciso 3, de la Ley 28665, toda vez que establecen que los fiscales penales militares policiales deban ser oficiales en situación de actividad.
112. Finalmente, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional el artículo 82, inciso 4, de la cuestionada ley, por vulnerar también la garantía institucional del Ministerio Público, además de la independencia del Consejo Nacional de la Magistratura. Esta disposición dispone que “La promoción a un nivel funcional Superior en la Fiscalía Penal Militar Policial, determina el ascenso en el grado militar o policial, *previo cumplimiento de los requisitos de capacidad psicosomática, aptitud física, y cursos de instrucción establecidos para cada grado, según la Institución a la que se pertenezca*” [énfasis agregado], condicionando de este modo el nombramiento de los fiscales cuando aspiren a ocupar un cargo de nivel superior en la función fiscal, al exigir el cumplimiento de requisitos que deben fijar “las instituciones castrenses” y no, como debe ser, el Consejo Nacional de la Magistratura, en tanto que órgano constitucional encargado de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales.

C. El principio de igualdad como límite de la actividad del Legislador

113. En general, el concepto de igualdad forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental. El punto de partida del análisis de la igualdad es la clásica fórmula de Aristóteles, quien sostiene que “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad para ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.^{175[22][22]}
114. Como tal, hoy en día la igualdad expresa una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. En efecto, “En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades”.^{176[23][23]}

^{175[22][22]} ARISTÓTELES. *Política*, III 9 1280 a. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1999, p.174.

^{176[23][23]} BILBAO UBILLOS, Juan María y otro. *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: El principio constitucional de igualdad, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 106.

115. En suma, el derecho a la igualdad, como el conjunto de derechos consagrados en nuestra Constitución, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona. Así, cuando el artículo 1, de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana.

2.6. La igualdad jurídica y su vinculación al Legislador

116. Antes de examinar la vinculación del Legislador a la igualdad jurídica, conviene analizar la configuración de la igualdad en la Constitución. Al respecto, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la igualdad se configura en nuestra Norma Fundamental, como principio y como derecho fundamental. De este modo:

(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, supone la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y
- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogos.^{177[24][24]}

117. De este modo, como *derecho fundamental*, la igualdad se encuentra reconocida en el artículo 2, inciso 2, de nuestra Norma Fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho fundamental a la igualdad:

(...) comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias (...).^{178[25][25]}

^{177[24][24]} Expediente 0018-2003-AI/TC

^{178[25][25]} Expediente 0261-2003-AA/TC. FJ 3.1

118. En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, *prima facie*, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.
119. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
120. En tanto que *principio fundamental*, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”, y el segundo que “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...). Analizando ambas disposiciones en función del principio de interpretación constitucional de concordancia práctica se desprende que:

El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.^{179[26][26]}

121. Como tal, el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.
122. En efecto, el examen sobre la vulneración del principio-derecho de igualdad, siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Con mucha frecuencia, y tal como ha tenido oportunidad de constatar este Colegiado, han sido frecuentes los casos en los que se vulneraba el derecho a la igualdad y, a su vez, derechos como a la libertad de empresa o al trabajo, entre otros. Al respecto, el Tribunal

^{179[26][26]} Expediente 0001-2003-AI/TC FJ 11.

Constitucional ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad:

funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales (...); precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.^{180[27][27]}

Seguidamente conviene distinguir las diferentes manifestaciones que puede adoptar la igualdad ante la ley.

2.7. La igualdad «ante la ley» y sus dos manifestaciones: igualdad «en la ley» e igualdad «en la aplicación de la ley»

123. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.
124. Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

2.8. La vinculación entre el juicio de igualdad «en la ley» y el principio de proporcionalidad

125. Ya en el plano de la igualdad en la ley, cabe mencionar que el respectivo juicio de igualdad sobre la actuación del legislador requiere de la verificación entre otros, del principio de proporcionalidad, toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta proporcional con el fin que se pretende obtener. Por ello, el principio de proporcionalidad se constituye en uno de los elementos esenciales a evaluar en el juicio de igualdad.
126. En efecto, no basta que el legislador verifique que dos situaciones jurídicas son diferentes y que por tanto les puede aplicar un tratamiento legal diferente, sino que también debe verificar si el fin que se pretende obtener con la diferenciación legislativa es constitucional y si en todo caso la diferenciación legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende obtener, de manera que resulte razonable.
127. Y es que el principio de proporcionalidad “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio”.^{181[28][28]}

^{180[27][27]} Expediente 0261-2003-AA/TC. FJ 3.1.

^{181[28][28]} BARNÉS, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público N.º 5, España, 1998, pp. 15 y ss.

Seguidamente, se analizarán los diferentes pasos o niveles que comprenden el test de igualdad, para lo cual se tendrá en consideración la sentencia expedida por este Colegiado en el Expediente 00045-2004-PI/TC.

2.9. El test de igualdad. Los pasos a seguir para verificar si una «diferenciación» es válida o si se constituye en una «discriminación»

128. Con la finalidad de evaluar si una medida limitativa de derechos o principios constitucionales resulta conforme con el principio-derecho de igualdad establecido en la Norma Fundamental, es necesario someter esta medida a una evaluación estructurada en distintos pasos. Dicha evaluación es entendida, a juicio de este Tribunal, como un *test de igualdad*, el cual será desarrollado a continuación, para luego aplicarlo en el examen de la disposición legal cuestionada.

Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa

129. En este primer nivel, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*). De resultar *igual*, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar diferente a dos supuestos de hecho que son similares. De resultar *diferente*, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test de igualdad, pues el hecho de que se dé un tratamiento legislativo diferente a dos situaciones jurídicas distintas no implica que tal medida sea constitucional, pues debe aún superar los siguientes pasos del mencionado test.

130. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha sostenido, en criterio que comparte este Colegiado que “el derecho fundamental a la igualdad ante la ley es violado cuando un grupo de destinatarios de la norma, por comparación a otros grupos, es tratado de forma distinta, siempre que entre estos grupos no existan diferencias de tal clase y de tal peso que permitan justificar la diferencia de trato”.^{182[29][29]} En este primer paso, el juicio de igualdad se identifica con la necesidad de determinar la semejanza o diferencia entre las situaciones jurídicas que se comparan.

131. En este punto, cabe preguntarse ¿qué es una situación jurídica? Una situación jurídica es la relación existente entre un supuesto de hecho (o categoría de persona) y su consecuencia jurídica (norma que regula a una categoría de persona).^{183[30][30]} Así por ejemplo, P1 y P2 constituyen dos personas y N1 y N2 constituyen dos normas que regulan la actuación de las mencionadas personas, de modo tal que P1 y N1 forman una situación jurídica y P2 y N2 forman otra situación jurídica. Lo que se exige en el presente juicio es realizar una apreciación comparativa entre las aludidas personas y las normas que las regulan, es decir, comparar P1N1 (situación jurídica en la que se cuestiona N1) con P2N2 (término de comparación). Como N1 y N2 son diferentes (normas que establecen diferencia de trato), en este juicio se debe determinar si P1 y P2 son iguales o diferentes. Si son iguales y se cuestiona N1, entonces N1 es inconstitucional por regular un trato diferente a dos personas (P1 y P2) que son iguales. Si P1 y P2 son diferentes entonces efectivamente les corresponde una regulación normativa diferente: N1 y N2, por lo que si se cuestiona N1 ésta ya ha superado el primer paso, quedando pendiente la evaluación de los siguientes pasos.

^{182[29][29]} Tribunal Constitucional Federal Alemán, *BverfGE* (1980)55, 72 (88).

^{183[30][30]} GIMENEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Madrid, 2004. pp. 58 y 69.

Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

132. Como lo ha sostenido este Colegiado, en este paso deben evaluarse los diferentes grados o intensidades de la medida legislativa que va a intervenir en el principio-derecho de igualdad. Así:

- a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.
- b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.^{184[31][31]}

Tercer paso: verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación

133. La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto deben ser apreciadas en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre una determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde avanzar al siguiente paso.

134. Es conveniente precisar que la verificación de la legitimidad del fin que se persigue con la diferenciación no forma parte del juicio de proporcionalidad sino que es un requisito que debe ser examinado de modo previo a tal juicio, resultando indispensable para que éste pueda ser realizado.^{185[32][32]} No tendría ningún sentido examinar si una medida legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende si previamente no se ha verificado si el mencionado fin es contrario al sistema de valores de la Constitución.^{186[33][33]}

135. En efecto, el trato dispar realizado por el Legislador debe contener la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución. Por ello, atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la leyes, “toda la variedad de los fines establecidos por el propio Parlamento y que no entren en disonancia con la Constitución, adquiere carta de legitimidad constitucional. De esta manera, se logra un equilibrio entre los principios de supremacía de la Constitución y de máxima eficacia de los derechos fundamentales, por una parte, y el principio democrático, por otra”^{187[34][34]}.

^{184[31][31]} Expediente N.º 00045-2004-AI/TC FJ 35.

^{185[32][32]} GIMENEZ GLÜCK, David. *Op.cit.* p.109.

^{186[33][33]} BARNÉS, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público N.º 5, España, 1998, pp. 109.

^{187[34][34]} BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp.693-694.

136. Uno de los problemas que se puede presentar en este paso, es ¿cómo identificar la finalidad de la diferencia de trato? Al respecto, cabe precisar que la respuesta a tal interrogante exige una labor interpretativa, la que deberá tomar en consideración las siguientes fuentes: “la propia Constitución –por ejemplo, en el supuesto de las reservas específicas de regulación de los derechos fundamentales–; el texto de la ley enjuiciada –mediante una interpretación teleológica-objetiva de las disposiciones que la componen e incluso de su preámbulo–; y su exposición de motivos y los trabajos parlamentarios en que constan los debates en que se fraguó –interpretación teleológica-subjetiva–”.^{188[35][35]}

137. De presentarse un caso que ofrezca dudas en cuanto a la identificación de la legitimidad de la finalidad del trato legislativo diferenciado, atendiendo a la mencionada presunción de constitucionalidad de la ley, debe considerarse que la diferenciación contiene, *prima facie*, un fin constitucional.

138. Si bien puede identificarse un fin constitucional en la diferenciación efectuada por el Legislador, ello no implica que la medida adoptada no vulnere el principio-derecho de igualdad, pues hace falta verificar si resulta proporcional, aspecto que debe verificarse en los siguientes tres pasos.

Cuarto paso: examen de idoneidad

139. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”.^{189[36][36]}

140. Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el Legislador no guarda ninguna relación con el fin que se trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional.

141. El principio de igualdad exige, entre otros requisitos, que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad.

Quinto paso: Examen de necesidad

142. Este paso exige que la medida legislativa que establece un trato diferente para conseguir una finalidad legítima, deba resultar la menos gravosa para los principios y derechos afectados. En otros términos, “la limitación ha de ser necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho afectado”.^{190[37][37]}

143. Al respecto, es necesario destacar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del *principio de necesidad* y de *proporcionalidad en sentido estricto*. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la

^{188[35][35]} BERNAL PULIDO, Carlos. *Op.cit.* p. 713.

^{189[36][36]} Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 38.

^{190[37][37]} GIMENEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Madrid, 2004. p.303.

igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.^{191[38][38]} [énfasis agregado]

144. En cuanto al ámbito del examen de necesidad, la evaluación de la eventual vulneración de la igualdad por parte de una disposición legal no debe realizarse del mismo modo y con el mismo rigor, dependiendo siempre del caso concreto. Tal evaluación *no va a tener la misma intensidad*, por ejemplo, en el caso en que se alegue la vulneración del principio-derecho de igualdad por una ley que establece que la inscripción de bienes inmuebles se realiza mediante formulario registral legalizado por notario –y no mediante Escritura Pública– cuando el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT)^{192[39][39]}, que en aquel otro caso en el que se alegue la vulneración del principio-derecho de igualdad por una ley que establece sanciones para efectivos militares por conductas homosexuales –y no por conductas heterosexuales– que se realicen dentro o fuera del ámbito militar.^{193[40][40]} En el primero de los casos antes mencionados, existe una mayor libertad de configuración del Legislador, constituyendo una intervención de intensidad leve. En el segundo, al tratarse de una diferenciación legislativa por razón de sexo, constituye una intervención de intensidad grave.
145. Como ya ha mencionado en el segundo paso, existen determinadas materias que exigen un juicio de igualdad más riguroso, que se va a plantear de modo especial en la evaluación de “necesidad” de la medida legislativa cuestionada. Así, por ejemplo, cuando se trate de leyes que diferencian por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica (artículo 2, inciso 2, de la Constitución) o cuando se trate de leyes que limiten el ejercicio de un derecho fundamental, entre otros, el subprincipio de necesidad exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.
146. Situación distinta se aprecia respecto de materias que, a diferencia de las antes mencionadas, exigen un juicio de igualdad flexible cuando se trate de ámbitos en los que la Constitución ha otorgado al Parlamento una amplia libertad de configuración, por lo que en el caso de la evaluación de la necesidad de la medida legislativa cuestionada bastaba que esta no sea manifiesta y evidentemente innecesaria.

Sexto paso: examen de proporcionalidad en sentido estricto

147. Finalmente, cabe mencionar que, en general, de acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de *ponderación*, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda.

^{191[38][38]} Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 36.

^{192[39][39]} Expediente 0016-2002-AI/TC, FFJJ 11 y 12.

^{193[40][40]} Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 85 ss.

148. En el caso del test de igualdad, este subprincipio exige que, habiéndose determinado previamente el peso de los bienes jurídicos en pugna, las ventajas que se vayan a obtener con la medida legislativa que establece una diferenciación deban ser proporcionales con la intervención en otros bienes constitucionales, es decir, que el trato desigual no “sacrifique” principios o derechos fundamentales (incluido el principio-derecho de igualdad) que tengan un mayor peso que el bien constitucional que se quiere satisfacer mediante el aludido trato.

149. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

“Cuanto mayor es el grado de afectación –intervención– al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional

150. De este modo, cuando el resultado del juicio de proporcionalidad indique que el fin constitucional de la medida legislativa diferenciadora es, por lo menos, “equivalente” a los bienes constitucionales con los que encuentran en conflicto, entonces se podrá sostener que tal medida, además de proporcional, resulta razonable.

151. En efecto, como se ha mencionado, más allá de los diferentes significados que ha asumido la razonabilidad tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada, de los que puede dar muestra la jurisprudencia de este Colegiado, cabe destacar, *prima facie*, que en el ámbito del juicio de igualdad una medida que establezca un trato diferente será razonable sólo cuando haya superado el juicio de proporcionalidad. Por ello, el principio de proporcionalidad se constituye, a su vez, en un mecanismo (medio) que sirve para llegar a una decisión razonable (fin), es decir, a una decisión ponderada y equilibrada.

Seguidamente, corresponde examinar las disposiciones cuestionadas conforme al test de igualdad expuesto en los párrafos precedentes.

2.10. El principio de igualdad y el examen de constitucionalidad del artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665

152. Por conexión, este Colegiado estima que debe evaluarse el artículo 33, inciso 1, de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

33.1 Previo concurso público de méritos y evaluación personal, *solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, como Vocales o Jueces en cualquiera de las instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; a excepción de los dos (2) Vocales Supremos provenientes de la jurisdicción ordinaria, que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. [énfasis agregado]

153. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que, con objeto de verificar si en el presente caso la disposición cuestionada vulnera el principio-derecho de igualdad, esta debe ser sometida al aludido test de igualdad.

154. En cuanto al *primer paso* (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por una norma de exclusión que se desprende del artículo 33.1, según la cual no podrán ser nombradas por el Consejo Nacional de la Magistratura como jueces militares (consecuencia jurídica) las personas que teniendo formación jurídico-militar, no sean parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial (supuesto de hecho).
155. La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual pueden ser nombradas por el Consejo Nacional de la Magistratura (consecuencia jurídica) las personas que formen parte del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar (supuesto de hecho)
156. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las medidas legislativas cuestionadas superan este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.
157. Respecto del *segundo paso* (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe destacar que al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de trabajo y el de igualdad en el acceso a los cargos públicos, se verifica que la intervención legislativa tienen una intensidad grave.
158. En cuanto al *tercer paso* (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), cabe mencionar previamente lo expresado en el respectivo debate de aprobación de la cuestionada Ley 28665 realizado en el pleno del Congreso de la República, en el cual la posición que finalmente predominó sostuvo lo siguiente:
- Que el oficial jurídico militar que está haciendo carrera judicial, se le va a respetar hasta el término de la carrera. Nadie puede ingresar por la ventana a ocupar unos cargos superiores, solamente esto se va a dar en caso de que falten oficiales jurídico militares que están en carrera para ocupar estos puestos.
159. De lo expuesto y de una interpretación teleológica de la disposición cuestionada se desprende que esta tiene como finalidad proteger el ejercicio de la carrera judicial militar de quienes integran el mencionado cuerpo judicial penal militar, de modo tal que se pueda asegurar la mayor eficacia de la función jurisdiccional en el ámbito de la jurisdicción militar, fin que no resulta ilegítimo. En consecuencia, la medida legislativa cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad.
160. En cuanto al *cuarto paso* (examen de idoneidad), es necesario mencionar que la medida legislativa diferenciadora (solo los miembros del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial pueden ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, como lo es el lograr la mayor eficacia de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar.
161. En cuanto al *quinto paso* (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, que se deduce del artículo 2º.2 de la Constitución, interpretado de conformidad con el artículo 25º, apartado c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho fundamental a la libertad de trabajo, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser

absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

162. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada, que limita el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, así como el derecho a la libertad de trabajo, no resulta absolutamente necesaria para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así por ejemplo, mediante la optimización del sistema de evaluación para acceder a la jurisdicción militar y la constante capacitación de quienes ya integran esta jurisdicción y pretenden su promoción en la carrera judicial militar, entre otras, pero no limitando innecesariamente, en todos los casos, que personas que no formen parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y que puedan tener una óptima formación jurídico-militar, accedan a la función pública en la jurisdicción militar. Por tanto, la medida legislativa cuestionada vulnera el principio de proporcionalidad y consecuentemente el principio de razonabilidad.

163. En consecuencia, no habiendo superado el quinto paso del test de igualdad, el artículo 33º inciso 1) de la Ley N.º 28665 resulta inconstitucional por vulnerar el principio-derecho de igualdad. En efecto, la disposición cuestionada viola el derecho a la igualdad en la ley de aquellos candidatos que reuniendo las condiciones necesarias para acceder a la función jurisdiccional en el ámbito penal militar, se ven imposibilitados de hacerlo debido a la prohibición desproporcionada e irrazonable de la medida legislativa cuestionada.

D. D. D. Análisis de constitucionalidad del régimen transitorio contemplados en la Ley 28665

164. Por conexión con las disposiciones cuestionadas, toca ahora examinar la Segunda Disposición Transitoria de la Ley 28665, que establece lo siguiente:

SEGUNDA.- Designaciones temporales de Vocales, Jueces y auxiliares jurisdiccionales, que actúan en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

En tanto el Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la primera disposición transitoria, convoque a concurso de selección y nombramiento de los Vocales y Jueces que actuarán en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; constitúyese una Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, encargada de la designación de los Vocales de la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, del Consejo Superior, Consejos Territoriales y Jueces de Juzgados de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; la misma que se conforma por:

- Dos (2) Oficiales jurídicos militares policiales con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación militar o policial de retiro, que hubiesen desempeñado labor jurisdiccional en la justicia militar policial, designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

- Dos (2) Oficiales jurídicos militares policiales con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación militar o policial de retiro, que hubiesen desempeñado labor fiscal en la justicia militar policial, designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

- Tres (3) representantes designados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Los integrantes de la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora deben ser designados e instalarse dentro de los cinco (5) días naturales de publicada la presente Ley; debiendo en un plazo máximo de veinticinco (25) días naturales de instalada designar temporalmente a los tres (3) Vocales Supremos jurídico militar o policial que integran la Sala Suprema Penal Militar Policial. Los Vocales Supremos designados temporalmente, deben, en

lo posible, haber prestado servicios en diferentes Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

(...) Luego de la designación de los tres (3) Vocales Supremos Jurídicos Militares Policiales de la Sala Suprema Penal Militar Policial; la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días naturales para señalar los requisitos, evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más, a los Vocales Superiores, luego de lo cual tiene un plazo máximo de sesenta (60) días naturales para evaluar y designar temporalmente por dos (2) años prorrogables a dos (2) años más a Vocales Territoriales, Jueces Penales Militares Policiales, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, entre los oficiales en situación de actividad provenientes de los Cuerpos o Servicios Jurídicos de las Instituciones de las Fuerzas Armadas y/o Policía Nacional. (...)

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora creada por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, así como la Cuarta Disposición Transitoria de la misma ley, son inconstitucionales por vulnerar las atribuciones constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). En efecto, los artículos 150º y 154º inciso 1) de la Constitución establecen que el CNM “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales” y de “Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles (...)”. Las disposiciones que crean y regulan la cuestionada Junta Transitoria violan tales disposiciones constitucionales, al arrogarse las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que establecen que esta Junta Transitoria, compuesta por 4 oficiales jurídicos, además de 3 representantes designados por el CNM, se encargará del nombramiento de jueces y fiscales.

166. El hecho de que esta Junta Transitoria se encuentre conformada por tres representantes del CNM no la legitima para “designar” temporalmente a los jueces y fiscales de la especialidad penal militar. Si la Norma Fundamental ha establecido que los jueces y fiscales deben ser seleccionados y nombrados por el CNM entonces el Legislador se encuentra prohibido de crear un organismo como la mencionada Junta Transitoria. La jurisdicción militar forma parte del Poder Jurisdiccional del Estado y como tal se encuentra vinculada por el conjunto de disposiciones constitucionales relacionadas con su naturaleza de órgano jurisdiccional, dentro de las cuales destaca claramente las que regulan el sistema de nombramiento de los jueces militares. En lo que se refiere al Ministerio Público, si bien la especificidad de la materia penal militar puede justificar la existencia de Fiscales Penales Militares dentro del mencionado órgano constitucional, éstos no se encuentran desvinculados de la Norma Fundamental, la que ha establecido, como ya se ha mencionado, que el ente encargado de nombrar a los fiscales, en todos los niveles, es el Consejo Nacional de la Magistratura.

167. Asimismo, por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional y la garantía institucional del Ministerio Público es inconstitucional la Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, toda vez que someten a órganos del Poder Judicial y el Ministerio Público a un sistema de control disciplinario incompatible con el estatuto jurídico básico que poseen ambos órganos constitucionales.

§3. El control del Tribunal Constitucional, la legitimidad de las sentencias interpretativas y los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad

4.1. La legitimidad de las sentencias interpretativas

168. Teniendo en cuenta que en el presente caso, al examinar el inciso 1) del artículo 9º de la Ley 28665, este Colegiado estimó necesario, en ese extremo, acudir a la diferencia entre los términos *disposición* y *norma* y expedir una sentencia interpretativa, corresponde analizar seguidamente la legitimidad de las sentencias interpretativas.

169. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad, “Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o

afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga”.^{194[41][41]}

170. Asimismo, debe tenerse en consideración la propia estructura de las disposiciones constitucionales, en las que el grado de indeterminación es mayor, tanto por el origen de las mismas (pues muchas veces estas disposiciones son fruto de un consenso alcanzado entre fuerzas políticas) como por su finalidad (pues estas disposiciones buscan lograr fórmulas en las cuales puedan tener cabida diversas orientaciones políticas), lo que justifica que el Tribunal Constitucional se encuentre obligado al uso de aquellos métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201 de la Constitución). Todo ello, evidentemente, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental se desprendan.
171. Cada uno de los distintos tipos de sentencias interpretativas e integrativas tiene su fundamento en las disposiciones de la Norma Fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las *sentencias interpretativas propiamente dichas* se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución. [resaltado agregado]

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar de acuerdo con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las **sentencias aditivas e integrativas**, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200º in fine, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51º, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico. [resaltado agregado]

Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica ex novo dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90º y 102º 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104º) o decretos de urgencia (artículo 188º, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos

^{194[41][41]} Expediente 0030-2005-PI/TC FJ 50.

generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138°, 201°, 202°, inciso 1, y 204°, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38° y 45° de la Constitución).

De otro lado, las *sentencias exhortativas* propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45°, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103° de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74°) y penal (artículo 103°). [resaltado agregado]^{195[42][42]}

172. Sin duda alguna, si el Tribunal Constitucional no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Sólo hace falta imaginarse cuál sería la situación que se podría plantear este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (Exp. N.º 0010-2002-AI/TC) o ante la jurisdicción militar (Exp. N.º 0023-2003-AI/TC).^{196[43][43]}

3.2. La seguridad jurídica y la necesidad de diferir los efectos de las sentencias

173. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.
174. Más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.
175. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de

^{195[42][42]} Expediente N.º 0030-2005-PI/TC. FFJJ 53 a 56.

^{196[43][43]} Expediente N.º 0030-2005-PI/TC. FJ 57.

inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención”.^{197[44][44]}

176. Asimismo, Franco Modugno ha sostenido que circunscribir los efectos «naturales» de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: “*eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad*, sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”.^{198[45][45]}

177. Pese a lo expuesto, esta potestad de los Tribunales Constitucionales para diferir en el tiempo los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad no siempre ha sido bien entendida por algunos sectores de la doctrina, como tampoco por parte de algunos poderes públicos, cuando éstos últimos han propugnado la eliminación de esta potestad, desconociendo de este modo el *horror vacui* que puede generar, en determinados supuestos, el hecho de que una sentencia de inconstitucionalidad pueda tener efectos inmediatos. Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. Veamos por qué.

178. No debe dejarse de lado, la consideración de que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, no implica en modo alguno suplantarse la labor del Poder Legislativo, sino precisamente el reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva.

179. Como se ha podido observar a lo largo de la presente sentencia, la referida ley, regula las diferentes funciones y competencias que tienen los órganos de la jurisdicción militar: La Sala Suprema Penal Militar Policial, el Consejo Superior Militar Policial, los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y los Juzgados Penales Militares Policiales. En ese sentido, si como ha sucedido en el caso de autos, el Tribunal Constitucional estima que los órganos jurisdiccionales de esta jurisdicción, así como las fiscalías penales militares policiales, no pueden estar compuestos, respectivamente, por jueces y fiscales que a su vez sean oficiales en actividad –en tanto subordinados al poder castrense– y que una Junta Transitoria no puede reemplazar al Consejo Nacional de la Magistratura en el nombramiento de los jueces y

^{197[44][44]} ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198.

^{198[45][45]} MODUGNO, Franco. *Consideración sul tema*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. p. 15.

fiscales, entonces, la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras:

- Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar.
- Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.
- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.
- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.
- En suma: paralización total del sistema de justicia militar

180. No obstante, atendiendo a la responsabilidad que ha encomendado la Constitución a este Supremo Tribunal en los artículos 45°, 139° inciso 8, 201° y 202° y a fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad, es necesario diferir los efectos de la presente sentencia.

3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional y los efectos de la Ley N.º 28665

181. Cabe destacar que la Única Disposición Final de la Ley N.º 28665, estableció lo siguiente:

La presente Ley de Organización, Competencia y Funciones de la Justicia Militar Policial, entra en vigencia a los ciento veinticinco días (125) días naturales contados desde el día siguiente a la fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano. [resaltado agregado]

Entran en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano las siguientes disposiciones de la presente Ley: [resaltado agregado]

- Los artículos I al XI del Título Preliminar.
- Los artículos 34 y 52.
- Primera, Segunda, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Octava Disposiciones Complementarias.
- Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Octava, Novena, Décima, Decimaprimer, Decimatercera, Decimacuart, Decimaquinta Disposiciones Transitorias.
- La Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Disposiciones Modificatorias y Derogatorias.
- La Única Disposición Final.

Entran en vigencia a los:

- Treinta y cinco (35) días de publicada la presente Ley, los artículos 8 al 15. [resaltado agregado]

182. Si bien, en el presente caso, la demandante no ha cuestionado todas las disposiciones de la mencionada ley, el Tribunal Constitucional, conforme a sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, debe pronunciarse sobre los efectos de las disposiciones cuestionadas y, por conexión, sobre otras disposiciones de la aludida ley.

183. Habiéndose acreditado que la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 28665 son inconstitucionales por cuanto vulneran las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, así como el principio de unidad de la función jurisdiccional y la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público, por crear una Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, encargada de la designación de los jueces de la jurisdicción militar y fiscales penales militares policiales, y además, observándose que conforme a la Única Disposición Final, las mencionadas Disposiciones Transitorias se encuentran en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial (7 de enero de 2006), el Tribunal Constitucional considera que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia.

184. En el caso del resto de disposiciones que resultan inconstitucionales, el Tribunal Constitucional debe disponer una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir

de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas, surta todos sus efectos, siendo expulsadas del ordenamiento jurídico. Dicho lapso permitirá que el legislador regule la respectiva organización de la jurisdicción militar.

185. Cabe precisar que la mencionada *vacatio sententiae* (6 meses), no implica que se deba esperar a que transcurra este lapso de tiempo en su totalidad, sino que, atendiendo a sus atribuciones constitucionales, el Legislador pueda expedir la respectiva regulación incluso durante los primeros meses de tal período.

186. 186. 186. Finalmente, es necesario tener en cuenta que, tal como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, “la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación ad hoc”.^{199[46][46]} En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

1. 1Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a continuación se mencionan:

- a) Inconstitucional el extremo del artículo 8º, que establece lo siguiente: “las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica”; quedando redactado del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial”.
- b) Inconstitucional, en parte, el artículo 30º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley N.º 28665, en el extremo que establece: “cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial”.
- c) Inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria que establece: “la misma que, previa aprobación por la Sala Suprema Penal Militar Policial, es remitida al Poder Ejecutivo para que en el plazo de diez (10) días contados desde su recepción proceda a aprobarla mediante Decreto Supremo”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial, a más tardar dentro de los cinco (5) días calendario de instalada, procede a designar a la Comisión encargada de elaborar, en el

^{199[46][46]} Expediente N.º 0023-2003-AI/TC resolución aclaratoria. FJ 7.

plazo de ciento veinte (120) días calendario, la propuesta de Reglamento de la presente Ley”.

- d) Inconstitucional el extremo del inciso 1) del artículo 10° que establece: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial; los mismos que pasan a la situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria”.
- e) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 10°.
- f) Inconstitucional el inciso 3) del artículo 12°.
- g) Inconstitucionales los extremos del artículo 14° que establecen lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial” y “para todos los efectos”, quedando redactado del siguiente modo: “Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 10.1”.
- h) Inconstitucionales el extremo del inciso 6) del artículo 9°, que establece lo siguiente “las cuestiones de competencias, en relación, con los delitos de función, así como”, quedando redactado del siguiente modo: “Dirimir los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias corresponde actuar como Vocal ponente a cualquiera de los Vocales Supremos proveniente de la Jurisdicción Ordinaria”, y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 6°.
- i) Inconstitucionales el inciso 7) del artículo 9°, el inciso 5) del artículo 17° y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 36°.
- j) Inconstitucional el inciso 7) del artículo 15°.
- k) Inconstitucionales el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria.
- l) Inconstitucional el inciso a) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público”.
- m) Inconstitucionales el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad que se desempeñan como”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Vocales Superiores, Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de Juzgado, de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, así como el cuarto párrafo del artículo XII y el inciso 3) del artículo 81°, este último en los extremos que establece lo siguiente “en situación de actividad”.
- n) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 16°, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores”.
- o) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 24°, en el extremo que establece lo siguiente: “con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Cada Sala está conformada por tres (3) Vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.

- p) Inconstitucional el artículo 31°, en el extremo que establece lo siguiente: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Jueces Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende el título oficial que los acredita”.
- q) Inconstitucional la Cuarta Disposición Complementaria.
- r) Inconstitucionales los incisos 1) y 2) del artículo 33°, el inciso 1) del artículo 81°, el inciso 5) del artículo 15°, los artículos 23° y 28°, los incisos 1) y 2) del artículo 5°, y la Séptima Disposición Complementaria.
- s) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 55° en el extremo que establece lo siguiente: “entre los Fiscales Penales Militares Policiales, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita”.
- t) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 55° que establece lo siguiente: “e integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico militar policial”.
- u) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 49° en los extremos que establecen lo siguiente: “e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público”, “a sus órganos de control; conforme” y “a lo dispuesto en la presente Ley; esto último, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentran sujetos a la Constitución y a la Ley Orgánica del Ministerio Público”.
- v) Inconstitucional el artículo 53° en el extremo que establece lo siguiente: “con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Penales Militares Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público”.
- w) Inconstitucionales el inciso 2) del artículo 56°, los incisos 1), 2) y 4) del artículo 82°, así como el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar y el apartado 8 del inciso 1) del artículo 56°.
- x) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 49°.
- y) Inconstitucionales el inciso 3) del artículo 57°, los incisos 3) y 4) del artículo 58°, el inciso 2) del artículo 59°, el inciso 1) del artículo 60°, el inciso 2) del artículo 61°, el inciso 1) del artículo 62°, el inciso 2) del artículo 63°, y el inciso 3) del artículo 82°, en cuanto establecen lo siguiente: “en situación de actividad”.

- z) Inconstitucional el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en los extremos que establecen lo siguiente: “Oficiales” y “en situación militar o policial de actividad”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales que se desempeñan como Fiscales Superiores, Territoriales, ante Juzgados, y los adjuntos, que actúan ante las diferentes instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”.
- aa) Inconstitucionales la Segunda Disposición Transitoria que crea la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, así como la Cuarta y Quinta Disposición Transitoria.
2. Declarar que el inciso 1) del artículo 9) debe ser interpretado conforme a lo expuesto en los Fundamentos 54 a 58 de la presente sentencia.
3. Declarar infundada la demanda en los extremos en que se cuestionan el artículo I, el inciso 1) del artículo 1°, los incisos 3) y 4) del artículo 15° y el artículo 80° de la Ley N.° 28665.
4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en el Fundamento N.° 2 de la presente sentencia.
5. Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.° 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia.
6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.
7. Declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
